

SVEUČILIŠTE U ZAGREBU
PRAVNI FAKULTET
JEAN MONNET KATEDRA ZA EUROPSKO JAVNO PRAVO

Pojam "sud" u prethodnom postupku pred Europskim sudom

Ksenija Grejić

Mentor: prof. Tamara Čapeta

Zagreb, rujan 2010. godine

Sadržaj

1. Uvod.....	3
2. Važnost određivanja pojma "sud".....	4
3. Određivanje pojma "sud"	6
3.1. Vassen-Göbbels kriteriji	
3.1.1. Utemeljenost tijela na zakonu.....	9
3.1.2. Stalnost institucije.....	12
3.1.3. Prisilna nadležnost tijela.....	13
3.1.4. <i>Inter partes</i> postupak.....	17
3.1.5. Donošenje odluke primjenom pravnih pravila.....	20
3.2. Ostali kriteriji	
3.2.1. Neovisnost tijela.....	23
3.2.2. Karakter odluke tijela kao odluke sudske naravi.....	30
3.2.3. Sud države-članice.....	33
3.3. Postavljeni kriteriji kao set smjernica u sagledavanju pojma "sud"	35
4. Položaj nekih hrvatskih institucija u prethodnom postupku pred Europskim sudom	
4.1. Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave.....	39
4.2. Samostalna služba za drugostupanjski upravni postupak.....	42
4.3. Hrvatska odvjetnička komora.....	44
5. Zaključak.....	46
6. Citirana literatura.....	47
7. Popis presuda.....	49

1. Uvod

Za primjenu instituta prethodnog postupka od ključne je važnosti suradnja Europskog suda i nacionalnih tijela koja upućuju pitanja. Ipak, kako nisu samo redovni sudovi ti koji primjenjuju pravne norme u predmetima u kojima odlučuju, pitanje tumačenja ili valjanosti norme europskog prava može se pojaviti i pred drugim tijelima. Ovaj rad napisan je kako bi se približili odgovoru na pitanje koja sve tijela imaju mogućnost suradnje s Europskim sudom u prethodnom postupku.

Europski sud pitanje određivanja pojma "*court or tribunal*" iz članka 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije stavlja u svoju isključivu nadležnost jer ga smatra pitanjem interpretacije Ugovora. Stoga ću u ovom radu razmotriti kriterije koje Sud postavlja te mjerila putem kojih propituje njihovo ispunjavanje. Nastojat ću prikazati vremenski razvoj tih kriterija u kojem se oni pokazuju kao više ili manje važni za odlučivanje u novijim slučajevima. Pokušat ću determinirati kriterije kojima se Sud vodi u nedavnoj praksi i primijeniti ih na neke hrvatske institucije koje nisu dio redovnog sudskog sustava, a čije potpadanje pod članak 267. Ugovora može doći u pitanje nakon ulaska Republike Hrvatske u punopravno članstvo u Europskoj uniji. Do toga trenutka ove odredbe nemaju praktičnu važnost jer je jedan od uvjeta za pristup Sudu kroz ovaj institut da se radi o sudu države članice Europske unije¹.

¹ Ipak, možemo se zapitati da li bi drugačije uređenje bilo oportuno. Naime, ako znamo da primjena europskog prava ulazi u hrvatski pravni sustav i prije ulaska u članstvo, trebalo bi dopustiti tijelima koja su po pravnoj normi obvezna primjenjivati europsko pravo da na ovaj način pristupe Sudu. Radi se primjerice o pravu tržišnog natjecanja koje od 1. listopada 2010. godine u hrvatsko pravo uvodi europske pravne norme u punom smislu. Naime, radi se o stupanju na snagu novog Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 79/2009) koji u svojem članku 74. upućuje na članak 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koji upućuje na primjenu svih pravnih normi, kriterija i instrumenata za tumačenje koji u tom području prava postoje u Europskoj Uniji. Na taj način navedene odredbe stavljaju se na primjenu trgovačkim sudovima i Upravnom sudu, a bez mogućnosti korištenja instituta prethodnog postupka.

2. Važnost određivanja pojma "sud"

Važnost instituta prethodnog postupka za ujednačenu i ispravnu primjenu europskog prava je neosporna. U dosadašnjoj praksi Europskog suda² upravo ta procedura iznjedrila je neke od instituta europskog prava važne kao i sami Ugovori. U prvom redu to su izravni učinak³, nadređenost europskog prava nacionalnom⁴, zabrana donošenja i održavanja na snazi kaznenih normi suprotnih pravu Europske unije⁵ te odgovornost država članica za štetu nastalu pojedincima⁶. Takav pogled na važnost ovog instituta imaju i Steiner, Woods i Twigg Flesner koji kažu: *"Gotovo sva osnovna načela koja je utvrdio Europski sud utvrđena su u kontekstu prethodnog pitanja upućenog po članku 234 Ugovora."*⁷

Kroz te institute Sud je osigurao i efikasnost primjene europskog prava, dok je osnovni smisao instituta prethodnog postupka osiguravanje ujednačenosti njegove primjene⁸. Važnost prethodnog postupka opisao je sam Europski sud rekavši da je on *"istinski kamen-temeljac u funkcioniranju unutarnjeg tržišta, s obzirom na to da igra temeljnu ulogu u osiguravanju da pravo utvrđeno Ugovorima zadrži karakter prava Zajednice uz jamstvo da to pravo zadrži isti učinak u svim okolnostima u svim državama članicama Europske unije."*⁹

² Iako jedan dio službenih jezika Europske unije u prijevodu naziva institucije koristi izraz "pravda" (npr. engleski, talijanski, španjolski), budući da zasad u ne postoji službeni prijevod Ugovora na hrvatski jezik, engleski termin European Court of Justice prevoditi ću s "Europski sud" odnosno skraćeno "Sud". Tako i Čapeta, T., Ustrojstvo i nadležnost Suda EU, Reforma Europske unije - Lisabonski ugovor, NN, 2009., str. 91.

³ C-26/62 Van Gend & Loos (1963) ECR 1.

⁴ C-6/64 Costa v ENEL (1964) ECR 585 i C-106/77 Simmenthal II (1978) ECR 629.

⁵ C-8/77 Sagulo and Others (1977) ECR 1495.

⁶ C-6/90 i C-9/90 Francovich and Others (1991) ECR I-5357.

⁷ Steiner, J., Woods, L. i Twigg Flesner: EU Law, 9. izdanje, Oxford University Press, 2006., str. 193; prijevod autorice.

⁸ O tome Čapeta, T.: Sudovi Europske Unije; Nacionalni sudovi kao europski sudovi, IMO, 2002., str. 180.

⁹ Izvještaj Europskog suda o primjeni Ugovora o Europskoj uniji za 1995. godinu (br. 15/95), paragraf 11; preuzeto iz Arnall, A. M., Dashwood, A. A., Ross, M. G., Wyatt, D. A., European Union Law, 4. izdanje, Sweet&Maxwell, London, 2002.; prijevod autorice.

Institut prethodnog postupka u europskom pravu određen je člankom 267. Ugovora o funkcioniraju Europske Unije¹⁰ (u daljnjem tekstu: UFEU) koji u cijelosti glasi:

"Sud Europske Unije nadležan je donositi prethodne odluke o:

(a) interpretaciji Ugovora;

(b) valjanosti i interpretaciji akata institucija, tijela, ureda ili agencija Unije.

Kad se takvo pitanje postavi pred bilo kojim sudom¹¹ države članice taj sud može ako smatra da mu je odluka o tom pitanju nužna da bi presudio, zatražiti od Suda da o tome odluči.

Kad se bilo koje takvo pitanje postavi u predmetu koji teče pred sudom države članice protiv čijih odluka nema pravnog lijeka na temelju nacionalnog prava, taj sud mora podnijeti stvar Sudu.

Ako se takvo pitanje postavi u predmetu koji teče pred sudom države članice u vezi s osobom u pritvoru, Sud Europske unije postupat će u najkraćem mogućem vremenu."¹²

¹⁰ Ranije članak 177. odnosno članak 234. Ugovora o Europskoj Zajednici.

¹¹ U Ugovoru se na engleskom jeziku dosljedno koristi izraz "court or tribunal" (hrv. doslovno sud ili tribunal). Očita je namjera da se pojmom obuhvati najširi spektar tijela u svim državama koje imaju različite sudske sustave. U usporedbi s redovnim sudovima, tribunali predstavljaju sudove koji se svojom materijalnom i/ili personalnom nadležnošću i proceduralnim pravilima razlikuju od redovnih sudova. Osim u međunarodnom pravu (primjerice ICTY, ICTR), takav sustav poznaje i primjerice Izrael koji uz redovne sudove ima i različite tribunale uz koje su najznačajniji vojni, radni i religijski, a od redovnih se razlikuju po vlastitoj administraciji i zasebnim prizivnom sustavom. S obzirom na činjenicu da u RH ne postoje tribunali kao dio nacionalnog sustava, u ovom radu koristit ću samo izraz "sud" jer je to referentni pojam za hrvatsku praksu. Usto, korištenje izraza tribunal moglo bi dovesti do pogrešnog dojma da se pojam odnosi i na arbitražne tribunale. Isto vrijedi i za prijevod "sud ili sudište" koji je upotrijebljen u Zakonu o potvrđivanju Mnogostranog sporazuma između Europske zajednice i njezinih država članica, Republike Albanije, Bosne i Hercegovine, Republike Bugarske, Republike Hrvatske, Bivše Jugoslavenske Republike Makedonije, Republike Island, Republike Crne Gore, Kraljevine Norveške, Rumunjske, Republike Srbije i Misije privremene Uprave Ujedinjenih naroda na Kosovu o uspostavi Europskog zajedničkog zračnog prostora (NN - Međunarodni ugovori br. 4/2008). Budući da se pojam "sudište" u hrvatskom pravu odnosi isključivo na arbitražno sudište koje, kako će biti prikazano u radu, nema mogućnosti pristupa Sudu u prethodnom postupku, bespotrebno se u prijevodu uvodi taj pojam i riskira mogućnost stvaranja nesigurnosti oko mogućnosti koje bi time bile dane nacionalnim tijelima.

3. Određivanje pojma "sud"

Unatoč izmjenama Ugovora, pa i samog članka¹³ kojim se regulira prethodno pitanje, izraz "sud" ostao je netaknut i dosljedno korišten, čime je prepušteno Europskom sudu da svojom praksom razrađuje taj pojam i njegovu primjenu. Sud to po prvi put čini 1966. godine u predmetu *Vaassen-Göbbels*¹⁴ kada konstatira da u određenim okolnostima kao sud može biti tretirano i tijelo koje nije dio nacionalnog redovnog sudskog sustava te postavlja pet kriterija za procjenu radi li se o tijelu koje se smatra sudom za potrebe instituta prethodnog pitanja. Ti su kriteriji:

- utemeljenost na zakonu,
- trajnost,
- *inter partes* postupak,
- prisilna nadležnost i
- donošenje odluke primjenom pravnih pravila.

Način određivanja tijela koja su ovlaštena uputiti prethodno pitanje važno je praktično pitanje za primjenu tog instituta jer se na taj način određuje krug tijela koja mogu uputiti pitanje, što samim time znači da se ovisno o restriktivnom ili liberalnom pristupu definiranju pojma sud postiže manji ili veći broj slučajeva u kojima pitanja dolaze pred Europski sud u prethodnom postupku.

Ipak, u novijoj praksi ovako postavljena definicija suda usvaja se i za tumačenje pojma "sud" u drugim pravnim aktima za čije je tumačenje nadležan Europski sud. Tako je u slučaju *Wilson*¹⁵, Europski sud zauzeo stav da pojam "*court or tribunal*" u Direktivi 98/5/EC treba tumačiti ne u

¹² Prijevod preuzet iz: Reforma Europske unije - Lisabonski ugovor, ur. Rodin, S., Čápeta, T., Goldner Lang, I., NN, 2009., str. 400-401.

¹³ Taj je članak dvaput mijenjan, i to prvi put na način da njegov doseg obuhvati i akte Europske središnje banke, a drugi put tako da se doseg proširi na akte agencija, tijela i ureda EU te da se uvede hitni prethodni postupak.

¹⁴ C-61/65 *Vaassen-Göbbels* (1966) ECR 377.

¹⁵ C-506/04 *Wilson* (2006) ECR I-8613.

skladu s nacionalnim pojmom suda, nego u skladu s pojmom suda koji je postavljen sudskom praksom Europskog suda u primjeni članka 267. UFEU.

Sam Europski sud utvrdio je da je njegovo pravo odrediti pojam suda za potrebe toga instituta, neovisno o određenju toga tijela u pravnom sustavu države članice. Posljedica je to činjenice da je prethodni postupak pred Europskim sudom institut europskog prava, pa su tako i oni elementi koji ga definiraju koncepti europskog prava. Kako je Europski sud tijelo nadležno za tumačenje odredbi Ugovora, tako postoji nadležnost i za tumačenje elemenata koji definiraju određeni instrument postavljen Ugovorima. Takav pristup Suda vidljiv je od prvih slučajeva u kojima se postavlja pitanje određivanja pojma sud u smislu članka 267., a Sud to izričito potvrđuje u presudi u slučaju *Corbiau*¹⁶ u kojoj utvrđuje da se radi o "*konceptu prava Zajednice*" (danas prava Unije), za čije je tumačenje nadležan.

Iako bi se moglo zastupati mišljenje da je politički osjetljivo uzdizati na rang suda tijelo koje to u nacionalnom sustavu nije, kroz praksu vidimo da države članice to ne vide kao sporno. Tako i zastupnici Nizozemske u slučaju *Broekmeulen*¹⁷ konstatiraju: "*Nizozemska vlada smatra da Appeals Committee ne može biti smatran sudom po nizozemskom pravu. Ipak, naglašeno je da ta činjenica nije odlučna za interpretaciju članka 177. Ugovora i sugerirano je da pitanje da li je tijelo poput Appeals Committee ovlašteno uputiti slučaj Sudu po toj odredbi treba biti odlučeno u svjetlu funkcija koje to tijelo obavlja unutar sustava pravnih sredstava koja su dostupna onima koji smatraju da su im ugrožena prava dana pravom Zajednice.*"¹⁸.

Kako je ranije spomenuto, u presudi u slučaju *Vaassen Göbbels* Europski sud prvi puta postavlja kriterije za definiranje pojma sud u smislu članka 267. UFEU. Naravno, u tom slučaju primjenjuje sve postavljene kriterije, ali isto tako već tada jasno definira da će njegov pristup tom pitanju biti kazuistički. Naime, zauzimanjem stava da se u "*određenim slučajevima*" kao sud može prihvatiti i ono tijelo koje nije u redovnom sudskom sustavu, a bez istovremenog jasnog određivanja koje su

¹⁶ C-24/92 *Corbiau* ECR I-1277, paragraf 15.

¹⁷ C-246/80 *Broekmeulen* (1981) ECR 2311.

¹⁸ C-246/80 *Broekmeulen*, paragraf 11; prijevod autorice.

to okolnosti i kako se one procjenjuju, Sud odlučuje o tome zauzimati stav od slučaja do slučaja. To se i pokazuje u daljnoj praksi.

Kriterije postavljene u presudi *Vaassen-Göbbels* uzet ću kao polaznu točku razmatranja pojma sud za potrebe prethodnog pitanja te nakon njih prikazati dodatne kriterije koji su postavljeni u kasnijoj sudskoj praksi.

3.1. Kriteriji postavljeni u slučaju Vaassen-Göbbels

3.1.1 Utemeljenost tijela na zakonu

U predmetu *Vaassen-Göbbels* kriterij utemeljenosti tijela na zakonu primijenjen je na način da su sagledane činjenice o podnositelju vezane uz njegovo osnivanje i ustroj. Europski sud jednostavno konstatira da je *Scheidsgerecht* osnovan na nizozemskom pravu te to potkrepljuje ovlastima ministra da imenuje njegove članove i predsjednika te odredi proceduralna pravila. Ono što će se u kasnijoj praksi pokazati kao problem je narav *Scheidsgrichta* kao arbitražnog suda. Ovim slučajem upravo na primjeru arbitražne institucije postavljena je linija razgraničenja između tijela koja su arbitražna po svojoj prirodi. Po postavljenim kriterijima, arbitražni sud redovno će zadovoljavati neke kriterije, ali kriterij trajnosti i kriterij prisilne nadležnosti neće biti zadovoljen. U slučaju *Vaassen-Göbbels* radilo se o arbitražnom sudu, ali on nije funkcionirao na način uobičajen za arbitražne sudove, nego je u nizozemskom pravnom poretku imao poseban položaj koji se očituje u primjeni postupovnih pravila kakva primjenjuju i redovni sudovi i u isključivoj nadležnosti. Na primjeru ovog slučaja vidimo koliko status tijela za potrebe članka 267. UFEU ovisi o svim relevantnim činjenicama. Tijelo načelno istog karaktera može i ne mora potpadati pod navedenu definiciju suda. Pokazalo se to već iste godine kada Europski sud u predmetu *Nordsee*¹⁹ odbija nadležnost za zahtjev postavljen od strane arbitra temeljem činjenice da nadležnost tog tijela za stranke nije osnovana na zakonu, nego na njihovom ugovoru.

Sljedeći put Sud suočava se s dilemama glede kriterija utemeljenja tijela na pravu povodom slučaja *Broekmeulen*²⁰ u kojem je sporan status *Appeals Committee for General Medicine* kojem slučaj dopijeva po žalbi na odluku *Registration Committee*. Oba tijela dio su *Royal Netherlands Society for the Promotion of Medicine*, privatno osnovane udruge kojoj su članovi pretežna većina liječnika i specijalista. To tijelo među ostalim je nadležno i za priznavanje i registraciju

¹⁹ C-102/81 Nordsee (1982) ECR 1095.

²⁰ C-246/80 Broekmeulen (1981) ECR 2311.

medicinskih specijalizacija i liječnika opće prakse, po vlastitim pravilima koja donose uz suglasnost nadležnog ministarstva. Isti status nije moguće steći ni na jedan drugi način, a upitno je da li postoji mogućnost žalbe na odluku *Appeals Committee* redovnom sudu jer do takve situacije nikada nije došlo. S obzirom na to da je gospodin Broekmeulen tražio priznanje specijalizacije stečene u Belgiji pred nizozemskim tijelom, pitanje je upućeno Europskom sudu. U ovom slučaju Sud odlučuje sagledati pitanje s pragmatičnog aspekta, konstatirajući naposljetku: *"Da bismo odlučili o primjenjivosti ovoga slučaja na članak 177. Ugovora, treba naglasiti da je na državama članicama da poduzmu potrebne mjere da bi osigurale da se pravila usvojena od strane institucija Zajednice u potpunosti primjenjuju. Ako je po pravnom sustavu države članice zadatak primjene takvih odredbi dodijeljen profesionalnom tijelu koje postupa pod određenim stupnjem nadzora vlasti, i ako to tijelo u suradnji s nadležnim javnim tijelima stvara prizivne procedure koje mogu biti od utjecaja na korištenje prava zajamčenih pravom Zajednice, nužno je, kako bi se osiguralo odgovarajuće funkcioniranje prava Zajednice da Sud ima priliku odlučiti o pitanjima interpretacije i valjanosti u takvom postupku."*²¹ Osim toga kriterija, Sud još jedino konstatira da se radi o *inter partes* postupku. Drugi kriteriji nisu razmatrani, pod jasnom konstatacijom citiranog davanja prednosti pragmatičnom pristupu. Ipak, način primjene kriterija utemeljenosti na pravu koji je pojašnjen u ovom slučaju je mjerilo "stupnja nadzora vlasti". U konkretnom slučaju, da *Royal Society* ne postupa po pravilima koja donosi isključivo uz suglasnost ministarstava nadležnih za zdravstvo i obrazovanje, presuda u ovom slučaju vjerojatno bi bila drugačija.

Posve drugačiji pristup u odnosu na ovaj u slučaju *Broekmeulen* vidimo u presudi u slučaju *Borker*²² koja je donesena godinu dana ranije od prethodno spomenute presude. U njoj sud konstatira da: *"Conseil de l'Ordre nema pred sobom slučaj u kojem je zakonski obvezan presuditi, nego zahtjev za deklaracijom vezanom uz spor člana Komore i suda druge države članice"*.²³ Iako

²¹ C-246/80 Broekmeulen (1981) ECR 2311, paragraf 16; prijevod autorice.

²² C-138/80 Borker (1980) ECR 1975.

²³ C-138/80 Borker (1980) ECR 1975, paragraf 4; prijevod autorice.

se radi o dozvoli za zastupanje građanina u kaznenom postupku koju je gospodin Borker zatražio od Komore i čija uskrata interferira s pravima koja za njega proizlaze iz pravila o unutarnjem tržištu i slobodi kretanja u Europskoj Uniji, analogno slučaju *Broekmeulen*, ovdje je donešena drugačija odluka. Razmatrajući svojstvo u kojem Komora ovdje nastupa, Europski sud nije razmatrao sva mjerila kojima se posvetio u slučaju *Broekmeulen* (primjerice, nije razmatrao sastav tijela, propise kojima je ono uređeno ni pravila na temelju kojih donosili odluku). Čini se da je presudna bila činjenica da na odluku Komore postoji mogućnost žalbe redovnom sudu. Još jednom, potvrda je to relativnosti postavljenih kriterija.

U presudi u predmetu *Dorsch Consult* potvrđuje se ovaj kriterij kao kriterij formalne prirode, koji ne zahtijeva osobito pomno razmatranje. Sud kaže: "*Dovoljno je opaziti da je Federal Supervisory Board utemeljen člankom 57c(7) HGrG. Njegovo utemeljenje na zakonu stoga ne može biti osporeno. U utvrđivanju utemeljenja na pravu, irelevantno je to što domaći zakon nije Federal Supervisory Boardu povjerio ovlasti u određenim pitanjima ugovora o javnim uslugama.*"²⁴. Drugim riječima, uvijek kada je tijelo koje je uputilo prethodno pitanje osnovano temeljem zakona, ispunjavanje tog kriterija ne može se osporavati. Koliko mi je poznato, dosad u praksi nije bilo zahtjeva koji su odbačeni zbog neispunjavanja tog kriterija. Možemo zaključiti da je navednim presudama utvrđen i kasnijom sudskom praksom ovaj kriterij potvrđen kao kriterij formalne prirode čije se zadovoljenje presumira.

²⁴ C-54/96 *Dorsch Consult* (1997) ECR I-4961, paragraf 25.

3.1.2 Stalnost institucije

U presudama *Vaassen-Göbbels* i *Dorsch* zadovoljenje kriterija stalnosti tijela koje upućuje prethodno pitanje samo se konstatira, bez razrade temelja za takav zaključak. Iz toga možemo zaključiti da je to također formalni kriterij čije zadovoljenje ne zahtijeva posebnu analizu. Čak i ako je u konkretnom slučaju kompleksno utvrditi da li je tijelo sud u smislu članka 267. UFEU, ne znači da će se ovaj kriterij nužno uopće primijeniti. Takav primjer vidimo u slučaju *Broekmeulen* u kojem kriterij stalnosti institucije nije ni uzet u razmatranje, unatoč spornom položaju *Appeals Committee*.

Koliko mi je poznato, u praksi Europskog suda nikada nije odbačen zahtjev isključivo temeljem tog kriterija. Ipak, važnost tog kriterija leži u razlikovanju drugih tijela od arbitražnih sudova. U predmetima upućenima od strane arbitražnih sudova upravo ovaj kriterij, u kombinaciji s nedostatkom prisilne nadležnosti, dovodi do odbijanja nadležnosti u upućenom prethodnom pitanju. Takav stav izražavaju i Broberg i Fenger: "*Sud nije precizirao sadržaj zahtjeva za stalnošću. Ipak, prirodno je pretpostaviti da će Sud taj zahtjev smatrati važnim i ne prihvatiti prethodni postupak iniciran od strane tijela ustanovljenog za rješavanje specifičnog postojećeg spora.*"²⁵ (misleći pritom na *ad hoc* arbitražne tribunale, op.a.). Važno je napomenuti da to ipak ne znači da institucionalna arbitraža zadovoljava ovaj kriterij. Kako je i kod institucionalne arbitraže tijelo koje inicira prethodni postupak izbrani arbitražni sud, a ne arbitražna institucija, njegov položaj izjednačen je s položajem *ad hoc* arbitraže; oba tijela osnovana su za rješavanje određenog spora i stoga ne udovoljavaju kriteriju stalnosti.

²⁵ Broberg, M., Fenger, N.: Preliminary references to the European Court of Justice, OUP, 2010., str. 62.

3.1.3 Prisilna nadležnost

Prisilna nadležnost suda ima dva aspekta:

- nedostatak autonomije stranke u pogledu odluke o nadležnosti suda i
- prisilnost (obvezatni karakter) odluke suda.

Stranačka autonomija u pogledu nadležnosti također omogućava Europskom sudu da odbije nadležnost u pogledu pitanja koja upute arbitražni sudovi. Tako je u presudi u predmetu *Nordsee* konstatirao da nije nadležan odgovarati na prethodna pitanja arbitražnim sudovima kojima su se stranke svojom voljom podvrgnule. U tom slučaju radi se o nadležnosti arbitražnog suda, ovaj put postavljenoj ugovorom o arbitraži. Sud konstatira sličnosti postupka pred redovnim sudom i pred arbitražom (npr. *inter partes* postupak i obvezatnost odluke), ali neispunjavanje kriterija obveznosti nadležnosti je jedini kriterij izvan toga koji Sud razmatra i na temelju kojeg odbija svoju nadležnost. Dilema oko ovlasti arbitražnog suda za upućivanje pitanja vidljiva je i iz činjenice da je prvo pitanje koje on postavlja upravo pitanje da li je ovlašten na podnošenje pitanja. Moguće rješenje praznine koja nastaje zbog neovlaštenosti arbitražnog suda na pokretanje prethodnog postupka je suradnja arbitražnog suda i nacionalnog suda kakvu poznaje i naš sustav. Prema članku 45. Zakona o arbitraži²⁶, sud bi mogao pružiti pomoć arbitražnom sudu po pravilima o pravnoj pomoći u izvođenju dokaza. Na taj način kompenzirala bi se nemogućnost arbitražnog suda da uputi prethodno pitanje Europskom sudu i izbjegla bi se situacija da se pitanje upućuje tek povodom priznanja i/ili ovrhe pravorijeka.

Ipak, primjenom *argumenti a contrario* na formulaciju Suda u predmetu *Nordsee* u kojem Sud inzistira u naglašavanju činjenice da su stranke svojevolumno sklopile arbitražni ugovor, proizlazi zaključak da bi u protivnom odluka Suda bila drugačija. U praksi se to i dogodilo u predmetu *Danfoss*²⁷ u kojem Sud nalazi da: "*U pogledu pitanja da li je Industrijski arbitražni odbor sud*

²⁶ Zakon o arbitraži, NN 88/01.

²⁷ C-109/88 Danfoss (1989) ECR 3199, paragrafi 7 i 8; prijevod autorice.

države-članice u smislu članka 177. Ugovora, prvo treba biti naglašeno da, sukladno članku 22. danskog Zakona br. 317 od 13. lipnja 1973. na Radnom sudu, sporovi između stranaka kolektivnih ugovora su, osim ako posebne odredbe takvih ugovora određuju drugačije, podvrgnute Dogovorenim standardnim pravilima usvojenima od strane Udruge poslodavaca i Unije zaposlenika. Industrijski arbitražni odbor saslušava spor na zadnjoj instanci. Bilo koja stranka može iznijeti spor pred odbor bez obzira na prigovore druge strane. Nadležnost odbora stoga ne ovisi o dogovoru stranaka. Iste odredbe prije spomenutog zakona uređuju sastav odbora i osobito broj njegovih članova ... Stoga sastav Industrijskog arbitražnog odbora nije predmet diskrecije stranaka." Važno je napomenuti da osim citiranih kriterija Sud nije razmatrao nijedan drugi kriterij. Drugim riječima, ovim predmetom postavljen je standard; ako je nadležnost arbitražnog suda određena prisilnim propisom i ako se njegova odluka ne može pobijati, Europski sud neće odbiti nadležnost za odlučivanje o upućenom prethodnom pitanju.

Ipak, zbog nastojanja Suda da kao sud u smislu članka 267. UFEU prihvati tijelo koje je za stranke *de facto* prisilno nadležno, Sud nije razmotrio druge kriterije koje vjerojatno ne bi smatrao zadovoljenima. S obzirom na to da se ne radi o tijelu koje je dio redovnog sudbenog sustava, Sud bi se trebao upustiti u detaljnije istraživanje kriterija koje ono (ne)ispunjava. U prvom redu to je kriterij utemeljenosti na pravu koji po standardima postavljenima u presudi *Broekmeulen* ne bi bili zadovoljeni. Time je ponovno istaknut relativni karakter svakog kriterija.

Osim u slučajevima kada prisilna nadležnost postoji po logici stvari (kao primjerice u kaznenom ili poreznom postupku), takva se prisilna nadležnost može u posebnim slučajevima uspostaviti i posredno. Upravo to se dogodilo u slučaju *Vaassen-Göbbels* u kojem su radnici bili obvezni osigurati se, što je za sobom povlačilo i prisilnu nadležnost *Scheidsgericht* u tim odnosima. Iako se radi o privatnom tijelu, ovdje nadležnost nije bila zasnovana na ugovoru *per se*, nego na zakonskoj obvezi sklapanja tog ugovora. Važno je istaknuti razliku između tog slučaja i slučaja (kao u predmetu *Nordsee*) u kojem se stranke potpuno dobrovoljno podvrgavaju arbitraži sklapajući ugovor o arbitraži ili unoseći arbitražnu klauzulu u svoj ugovor. U predmetu *Vaassen-*

Göbbels neposredni izbor nadležnosti *Scheidtsgericht* je ugovor, ali sklapanje tog ugovora ne proizlazi iz volje stranaka, nego iz prisilnog propisa kojem su podvrgnute.

Unatoč jasnom kriteriju prisilne nadležnosti, Europski sud u predmetu *Broekmeulen* ipak na neki način spušta ljestvicu kriterija. Iako nije posve jasno da li je postupak pred *Royal Society* uistinu jedini prisilni pravni put, Sud se priklanja dotad poznatoj praksi i odlučuje tretirati slučaj kao da je nadležnost prisilna. U nedostatku sudske prakse koja bi jasno riješila pitanje ima li stranka u takvom slučaju mogućnost obratiti se nacionalnom sudu nakon eventualno nepovoljne odluke, Sud odlučuje odabrati put koji je efikasniji i u ovoj fazi postupka ocijeniti prethodni postupak dopuštenim. Inzistiranjem na prethodnom testiranju nacionalnog sudskog sustava, Europski sud bi praktično ugrozio pravo gospodina Broekmeulena na suđenje u razumnom roku i ostavio još neko vrijeme neizvjesnim pitanje poštivanja pravila unutarnjeg tržišta u području priznavanja medicinskih kvalifikacija u Nizozemskoj.

U pogledu drugog aspekta prisilne nadležnosti koji za sobom povlači obvezatnost jednom donešene odluke, to se kao mjerilo ispunjavanja kriterija javlja u slučaju *Gabalfrisa i drugi*²⁸ u kojem Sud potvrđuje kriterije postavljene u presudi *Vaassen-Göbbels* uz dodatak kriterija neovisnosti da bi utvrdio da li je *Tribunal Economico-Administrativo Regional* sud u smislu članka 267. UFEU. To je tijelo nadležno za pritužbe na porezne akte, a na njegove odluke postoji mogućnost žalbe upravnom sudu. Sud utvrđuje da: "*... jasno je iz članaka 55. i 110. Kraljevskog Dekreta broj 391/1996 da, osim u situacijama ništavosti ili posebnih postupaka revizije, konačne odluke Tribunales Económico-Administrativos ne mogu biti odbijene ili promijenjene od strane poreznih tijela koja ih moraju provesti i kada je to potrebno prilagoditi osporeni akt ili izvršiti povrat pogrešno uplaćene svote. U skladu s člankom 112 tog dekreta, registri Tribunales Económico-Administrativos osiguravaju provedbu odluka i usvajaju mjere koje su prikladne za prevladavanje prepreka provedbi. Konačne odluke Tribunales Económico-Administrativos stoga su*

²⁸ C-110/98 - 147/98 *Gabalfrisa i drugi* (2000) ECR I-1577.

obvezujuće."²⁹. Takvim pristupom Europski sud osigurava dva mjerila za provjeru kriterija prisilnosti. Nije dovoljno da je nadležnost tijela proizašla iz prisilnih propisa, nego je potrebno i da je odluka takvog karaktera da je njeno poštivanje za stranke prisilno.

²⁹ C-110/98 - 147/98 *Gabalfrisa i drugi* ECR I-1577, paragraf 36; prijevod autorice.

3.1.4 *Inter partes* postupak

Kriterij je postavljen u slučaju *Vaassen-Göbbels* u kojem Sud konstatira njegovu ispunjenost time što je postupak pred *Scheidsgerecht* sličan postupku pred sudovima, bez ulaženja u apstraktno definiranje toga kriterija. Ipak, potreba za određenjem tog kriterija javlja se kasnije. Tako u presudi u slučaju *Dorsch Consult* Sud konstatira da taj kriterij nije apsolutne naravi.³⁰ Prema tome, Sud dopušta da se taj kriterij ne mora primjenjivati u svakom slučaju, a da u slučaju kada se uzima u obzir ne mora uvijek imati jednaku važnost i ne mora nužno biti zadovoljen. Na isto stajalište Sud podsjeća i 2000. godine u predmetu *Gabalfrisa i drugi*, kada izričito ponavlja da ovaj kriterij nije apsolutne prirode. Ipak, u ovom slučaju ulazi u njegovu konkretnu razradu, postavljajući određene činjenice kao relevantne. To su:

- mogućnost stranaka da daju podneske i podnose dokaze,
- mogućnost stranaka da traže javno saslušanje i
- dužnost suda da obavijesti stranke o postupku i da im rok od 15 dana za očitovanje.

S obzirom na takav položaj stranaka u ovom postupku i na mogućnosti sudjelovanja u postupku koje su im dane, Sud zaključuje da se radi o *inter partes* postupku.

U predmetu *Garofalo*³¹ *inter partes* karakteristika postupka dovedena je u vezu s načelima nepristranosti i jednakosti među strankama. U tom pogledu Sud usvaja stajalište nezavisnog odvjetnika Colomera po kojem je *Consiglio di Stato* nepristrano i neovisno tijelo čiji članovi moraju zadovoljavati te kriterije. Tu vidimo ispreplitanje ovog kriterija s kriterijem neovisnosti. Postupak teško može zaista biti *inter partes* ukoliko osobe koje ga provode ne tretiraju stranke u postupku kao ravnopravne. Iz tog razloga, u tom su dijelu ova dva kriterija neodvojivi jedan od drugoga.

³⁰ C-54/96 *Dorsch Consult* (1997) ECR I-4961, paragraf 31.

³¹ C-69/96 - 79/96 *Garofalo and Others* (1997) ECR I-5603.

Karakteristika instituta prethodnog postupka također je da se on može inicirati u različitim fazama postupka pred nacionalnim sudom. Isto tako, faze postupka razlikuju se po nekoliko karakteristika, pa tako i po tome da u nekim fazama istog postupka on je *inter partes*, a u drugima nije. Na taj način i Europski sud suočen je s pitanjima koja od različitih tijela dolaze u fazi postupka u kojoj on još nije *inter partes*, ali je po redovnom toku stvari za očekivati da će takav postati.

Takva situacija javila se u slučajevima *Simmenthal*³², *Pretore di Saló*³³ i *Ligur Carni*³⁴. Tu Sud konstatira: "... iako članak 177. ne čini upućivanje Sudu ovisnim o tome da je postupak koji se vodi pred sudom koji upućuje pitanje *inter partes*, u nekim okolnostima može se dokazati da je u interesu pravilnog provođenja pravde da pitanje bude upućeno kao prethodno pitanje tek nakon što su obje strane saslušane, ali na nacionalnom je sudu da sam procijeni da li je to potrebno"³⁵. Drugim riječima, nije uvjetovano da je postupak u trenutku upućivanja prethodnog pitanja već u *inter partes* fazi, ali Europski sud upozorava nacionalne sudove da na njima leži odgovornost procjene da li zaista mogu dovoljno dobro utvrditi činjenično stanje na kojem se zasniva prethodno pitanje i prije nego što saslušaju obje strane u postupku.

Zaključno, u presudi u slučaju *De Coster*³⁶ Europski sud naglašava da *inter partes* karakteristika postupka nije kriterij apsolutne naravi, pozivajući se na svoje konstatacije u presudama *Dorsch* i *Gabalfrisa*. Postalo je to očito i mnogo ranije, primjerice u presudi u slučaju *Pretore di Cento*³⁷ u kojem se radi o kaznenom postupku protiv nepoznatog počinitelja, pri čemu Europski sud donosi odluku i bez razmatranja da li je tijelo koje je uputilo pitanje sud u smislu članka 267. UFEU.

³² C-70/77 *Simmenthal* (1978) ECR 1453.

³³ C-14/86 *Pretore di Saló* (1987) ECR 2545.

³⁴ Spojeni slučajevi C-277/91, C-318/91 i C-319/91 *Ligur Carni* (1993) ECR I-6621.

³⁵ Spojeni slučajevi C-277/91, C-318/91 and C-319/91 *Ligur Carni*, paragraf 16; prijevod autorice.

³⁶ C-17/00 *De Coster* (2001) ECR I-9445.

³⁷ C-110/76 *Pretore di Cento* (1977) ECR 851.

Naposlijetku, u novijoj sudskoj praksi Europski sud dodatno relativizira ovaj kriterij. U presudi u slučaju *Cartesio Oktato*³⁸ donesenoj 2008. godine, Sud relativnosti kriterija *inter partes* karakteristike postupka temelji na samom izričaju članka 267. (tada 234.), konstatirajući da on ne zahtijeva da se pred tijelom koje upućuje prethodno pitanje vodi takav postupak. S pravom se nakon te presude može postaviti pitanje može li Sud i uolikoj mjeri odstupiti i od drugih kriterija koje je postavio, slijedeći istu argumentaciju po kojoj izričaj članka 267. UFEU ne poznaje te kriterije. U slučaju *Cartesio Oktato* javilo se pitanje položaja tijela koje je nadležno za vođenje trgovačkog registra pravnih subjekata, pri čemu postupak nije *inter partes* naravi. Takav nije ni prizivni postupak. Ovdje Sud do kraja relativizira ovaj kriterij i naglasak stavlja na kriterije odlučivanja o sporu i donošenja odluke sudske naravi. Može se očekivati da bi slično rješenje Sud primijenio i kada bi se pred njim našlo pitanje vezano uz sudski registar kojeg u Republici Hrvatskoj vode trgovački sudovi.

Iz izloženog kao stalnu praksu Suda možemo utvrditi da *inter partes* postupak nije apsolutni kriterij za procjenu statusa suda, da upućeno prethodno pitanje može biti dopušteno unatoč *ex parte* postupku te da prethodno pitanje može biti upućeno u svakoj fazi postupka, pa i u *ex parte* fazi ako je poznato ili očekivano da će kasnije doći do *inter partes* faze.

³⁸ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. (2008) ECR I-9641.

3.1.5 Donošenje odluke primjenom pravnih pravila

U svojim presudama Europski sud razmatra kriterij donošenja odluke primjenom pravnih pravila kao jedan od kriterija za utvrđivanje radi li se o sudu u smislu članka 267. UFEU. Da bi uvjet bio ispunjen, potrebno je da tijelo donosi odluku primjenom prava; nacionalnog, međunarodnog ili europskog. Ipak, uzevši u obzir činjenicu da je preduvjet da bi pitanje u ovoj proceduri došlo do Europskog suda da se radi o pitanju vezanom uz primjenu europskog prava, logično je da je nužno da tijelo koje upućuje pitanje odluku donosi primjenjujući neku od normi europskog prava. U procesu donošenja odluke o konkretnom pitanju koje se nalazi pred sucem nacionalnog suda, odgovor Europskog suda na upućeno prethodno pitanje dio je *premise maior* (zajedno sa pravnim pravilom koje se primjenjuje) na temelju koje sud odlučuje o sporu.

Kako tijela primjenjuju dva seta pravnih pravila - ona materijalna i ona proceduralna, Europski sud se u svom razmatranju dotiče obiju skupina. Primjer presude u kojoj Sud razmatra proceduralna pravila koja se primjenjuju je presuda u predmetu *Dorsch* u kojoj je tijelo samo usvojilo proceduralna pravila i nije ih objavilo pri čemu ta pravila predstavljaju interna pravila na koja se stranke ne mogu pozivati. Europski sud je, s obzirom na to da su pravila utemeljena na zakonu, te činjenice proglasio irelevantnima i priznao tijelu status suda za potrebe upućivanja prethodnog pitanja. Ono što je uzeto kao relevantno je da se proceduralna pravila, iako postavljena od strane samog tijela, uniformno primjenjuju. Osim toga, Sud je istaknuo i neka proceduralna pravila kojima *Supervisory Board* podliježe te je uzeo u obzir i materijalna pravna pravila koja to tijelo primjenjuje - direktive Zajednice i relevantne propise nacionalnog prava.

U predmetu *Gabalfrisa* Sud se također bavi pitanjem primjene materijalnog prava, konstatirajući da predmetni Tribunal u odlučivanju primjenjuje Kraljevski dekret.

Iz prikazanih slučajeva možemo zaključiti da Sud relativno lako odlučuje o tome primjenjuje li tijelo u donošenju odluke pravna pravila. Ipak, do dilema može doći u slučajevima u kojima tijelo ne primjenjuje samo pravna pravila. Takav slučaj pojavio se 1992. godine. U slučaju *Almelo*³⁹

³⁹ C-393/92 Almelo (1994) ECR I-1477.

prethodno pitanje upućuje redovni sud povodom pobijanja arbitražnog pravorijeka. Iako je u presudi *Nordsee* utvrđeno da je redovni sud kada se bavi arbitražnim pravorijekom ovlašten uputiti prethodno pitanje, javlja se dilema da li je to primjenjivo u i slučaju u kojem po arbitražnom ugovoru odluka treba biti donešena po načelu pravičnosti. S obzirom na to da primjena takvog načela ne predstavlja primjenu prava, prvo upućeno pitanje nacionalnog suda je pitanje o dopuštenosti takvog upućivanja. Europski sud daje potvrđan odgovor, konstatirajući da nacionalni sud ne primjenjuje samo načelo pravičnosti, nego da u primjenu ulaze i norme europskog prava čija se unificirana provedba mora ostvariti.

Koliko mi je poznato, dosad se pred Sudom nije pojavilo pitanje tijela za koje bi se isticalo da odlučuje diskrecijski. Iako diskrecijsko odlučivanje nije u sferi legaliteta nego u sferi oportuniteta, ipak je ovlast na diskrecijsko odlučivanje nužno dana pravnom normom koja postavlja okvire unutar kojih se diskrecijska ocjena primjenjuje. Prema tome, odlučivanje temeljem diskrecijske ocjene ne znači da se time zaobilaze pravne norme; odlučivanje temeljem diskrecijske ocjene i dalje je odlučivanje temeljem pravne norme, samo što ta pravna norma upućuje na takav način odlučivanja (postavljajući uglavnom više mogućnosti od kojih tijelo odabire onu najoportuniju).⁴⁰

Govoreći o kriteriju donošenja odluke temeljem prava, može se postaviti pitanje trebaju li članovi tog tijela, da bi bili smatrani sudom, biti pravnici. To pitanje razmatra nezavisni odvjetnik Jacobs u svojem Mišljenju u slučaju *Syfait*⁴¹ u kojem je prethodno pitanje uputila grčka institucija slična hrvatskoj Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja. NO Jacobs tu iznosi svoja razmatranja ovog mjerila: *"Imam dva aspekta sumnje vezano uz strukturu i sastav Komisije za tržišno natjecanje. Kao prvo, po mom mišljenju treba biti relevantno pri procjeni da li je tijelo sudske naravi koliko njegovih članova ima kvalifikacije pravnika ili sudaca. U slučaju grčke Komisije, kako je u zahtjevu objašnjeno, pravila zahtijevaju da samo dva od ukupno devet članova budu pravnici; jedan pravnik iz akademskih krugova i drugi iz Državne pravne službe, u službi ili*

⁴⁰ O tome više: Borković, I.: *Upravno pravo*, 7. izdanje, 2002., NN, Zagreb.

⁴¹ C-53/03 *Syfait* (2004) ECR I-4609.

ne ili bivši građanski ili upravni sudac. Čini se da nema jamstva da će predsjednik tijela imati pravničke kvalifikacije. Po mom mišljenju, relativno ograničen broj mjesta u Komisiji predodređenih za pravnike mora pobuđivati elemente sumnje da tijelo ne može biti određeno kao sud."⁴² Ipak, sagledavajući kvalifikacije za ostala mjesta u Komisiji, i sam NO Jacobs zaključuje da je priroda tog pravnog područja takva da su i druga znanja esencijalna za odlučivanje, te da samo dva pravnik u Komisiji zbog drugih elemenata uzetih u obzir nisu prepreka da bi se tom tijelu odbio status suda u smislu članka 267. Unatoč zaključku NO Jacobsa o dopuštenosti upućenog pitanja, Europski sud i bez razmatranja navedenih mjerila odbija upućeno pitanje.⁴³

Ni razmatranjem ostale prakse nije vidljivo da je Sud usvojio stajalište o relevantnosti sastava tijela za odluku o udovoljenju kriterija donošenjem odluke primjenom pravnih pravila. To ne znači da sastav tijela nije razmatran. Razmatran je primjerice u slučaju *Broekmeulen* u kojem je temeljem sagledavanja ovlaštenika na imenovanje članova utvrđena povezanost tijela sa središnjom državom, dok je preporuka da je predsjednik tijela visoko pozicionirani sudac tek *obiter dictum*.

Zaista, upitna je važnost sagledavanja kvalifikacija osoba koje sačinjavaju tijelo koje upućuje pitanje u kontekstu primjene pravnih pravila. Pravna pravila primjenjuju svi subjekti i u svakodnevnom životu jednako kao i sva tijela državne vlasti bez obzira na njihov položaj u nacionalnom pravnom sustavu, a ono što je relevantno za upućivanje prethodnog pitanja su drugi postavljeni kriteriji. Činjenica da u tijelu stalno osnovanom na zakonu, koje je neovisno, čija je nadležnost prisilna, u *inter partes* postupku odluke temeljem primjene pravnih pravila donosi osoba koja nema pravnu naobrazbu ne lišava tijelo njegovih karakteristika kao suda, bez obzira na to da li je diskutabilna razina zaštite subjekata o čijim se pravima i obvezama odlučuje.

⁴² NO Jacobs, Mišljenje u slučaju Syfait C-53/03 ECR I-4609, paragraf 26; prijevod autorice.

⁴³ Kao glavni razlozi navedeni su ovisnost Komisije za tržišno natjecanje o nadležnom ministarstvu, te činjenica da Komisija EU može pokrenuti postupak u tom slučaju čime grčka Komisija gubi nad njime nadležnost, što znači da više u slučaju ne postupa s ciljem donošenja odluke koja ima karakteristike sudske odluke (Syfait C-53/03 ECR I-4609, paragrafi 29-37).

3.2 Kriteriji ustanovljeni nakon presude *Vaassen-Göbbels*

3.2.1 Neovisnost tijela

Ovaj kriterij nije spomenut u presudi u slučaju *Vaassen-Göbbels*, nego je novijeg datuma. Ipak, kako i Georgios Anagnostaras⁴⁴ primjećuje, upravo je ovaj kriterij najčešće presudan u pogledu odluke radi li se o sudu u smislu članka 267. UFEU. Prvi put javlja se u slučaju *Pretore di Saló* 1987. godine u kojem Sud tretira *Pretura di Saló* kao sud temeljem činjenice da je utemeljen na pravu, da donosi odluke temeljem pravnih pravila i da je neovisno, unatoč tome što tijelo obavlja različite funkcije i ne donosi odluke koje imaju karakteristike sudske odluke. Tu se Sud ne upušta u argumentiranje i određivanje metoda temeljem kojih je donio zaključak da je *Pretura* neovisno tijelo.

1993. godine u presudi u slučaju *Corbiau* Sud, iako ne koristi izraz "neovisnost" (eng. independence) kao u prethodno spomenutoj presudi i kasnijoj sudskoj praksi, jasno je da je predmet njegova razmatranja sadržajno element neovisnost tijela koje upućuje prethodno pitanje. Dodatno, Sud taj kriterij postavlja i apstraktno i bez postavljanja rezervi za buduće slučajeve. Upravo suprotno od toga, Sud kriterij formulira kao apsolutan kriterij za kojeg postavlja određeno mjerilo rekavši: *"Treba zapamtiti da je pojam "sud" koncept prava Zajednice, koji, po svojoj prirodi može značiti samo autoritet koji nastupa kao treća strana u odnosu prema autoritetu koji je usvojio odluku iz koje je proizašao postupak. Na ovoj instanci, Directeur des Contributions ne djeluje kao takva treća strana. Svojim položajem na čelu Direction des Contributions Directes et des Accises (Direct Taxes and Excise Duties Directorate), ima jasnu organizacijsku poveznicu s odjelima koji su donijeli osporavanu procjenu poreza na koju mu je upućena žalba. To je dodatno potvrđeno činjenicom da bi u slučaju da dođe do priziva pred Conseil d' État, Directeur des Contributions bila stranka u postupku."*⁴⁵. Radi se o mjerilu tijela kao treće strane, pri čemu je organizacijska i funkcionalna neovisnost tog tijela jedno od elemenata za

⁴⁴ Anagnostaras, G., Preliminary problems and jurisdiction uncertainties: the admissibility of questions referred by bodies performing quasi-judicial functions, *European Law Review* 30 (6), str. 878-890, 2005.

⁴⁵ C-24/92 *Corbiau* (1993) ECR I-1277, paragrafi 15 i 16; prijevod autorice.

zadovoljenje tog mjerila. Iako sama činjenica da je tijelo organizacijski (i funkcionalno) nevezano uz donositelja odluke koja je predmet spora nije zaseban kriterij, nego tek mjerilo, Sud doista samo temeljem citiranih zaključaka odbija nadležnost za prethodno pitanje upućeno u ovom predmetu. To pokazuje da ne samo da neovisnost tijela ima karakter apsolutnog kriterija (za razliku od ranije prikazanih kriterija koji su tek relativnog karaktera), nego je i ovo mjerilo primarno mjerilo koje mora biti zadovoljeno kako bi Sud nastavio s utvrđivanjem da li je tijelo sud u smislu članka 267. UFEU. Da je ovom presudom kriterij neovisnosti tijela bezuvjetno postavljen, stav je i NO Colomera u Mišljenju u predmetu *De Coster*.⁴⁶

Ipak, samo godinu dana kasnije, u slučaju *Dorsch Consult*, Sud propituje navedeni kriterij, ali koncentrirajući se isključivo na način na koji tijelo donosi odluku i zanemarujući istovremeno mjerilo organizacijske izdvojenosti koja bi za rezultat dala da tijelo u eventualnom prizivnom postupku djeluje kao treća strana, a ne kao stranka u postupku. Europski sud zanemario je organizacijsku poveznicu *German Federal Public Procurement Awards Supervisory Board* i Ministarstva financija.

Isti pristup Sud ima i 1999. godine u slučaju *Köllensperger and Atzwanger*⁴⁷ u kojem je sporan status *Landesvergabeamt* koji je posebno tijelo osnovano radi nadzora ugovora o javnoj nabavi i koncesijama. Nema sumnje u ispunjavanje preostalih kriterija, ali Sud i nakon razmatranja posebnih propisa kojima je reguliran rad tog tijela ostaje sumnjičav prema njegovoj neovisnosti, s obzirom na to da odredbe o uklanjanju s položaja u tijelu nisu dovoljno jasne (što otvara sumnju u mogućnosti utjecaja na njegove članove), poseban propis kojim je uređen ne sadrži posebne odredbe o položaju članova i njegovom prestanku i da ne postoje posebna jamstava neovisnosti. Ipak, povoljnije odredbe za priznavanje tog tijela kao suda Sud nalazi u drugim propisima koji se na njega primjenju (Zakon o općem upravnom postupku i Ustav) te kao elemente koji pretežu za priznavanje položaja suda ističe da postoji ustavna odredba o neovisnosti članova tijela u koje spada i *Landesvergabeamt*, zabrana davanja naputaka u

⁴⁶ C-17/00 *De Coster* (2001) ECR I-9445, Mišljenje NO Colomer, paragraf 17.

⁴⁷ C-103/97 *Köllensperger and Atzwanger* (1999) ECR I-551.

obavljanju dužnosti te dužnost povlačenja člana u određenim situacijama u kojima je njegova nepristranost upitna.

Izneseni elementi za NO Saggio rezultiraju zaključkom da Landesvergabeamt ne udovoljava kriterijima po kojima bi se smatrao sudom, dok Europski sud zaključuje suprotno. Upravo zbog nesigurnosti samog Suda u pogledu odluke, upravo je ovakva presuda dala nekoliko mjerila koja i u kasnijim slučajevima mogu služiti kao vodilja u procjeni radi li se o sudu u smislu članka 267. Najznačajniji od njih je definiranje, kako će Sud kasnije u presudi u slučaju *Wilson* to nazvati, vanjskog aspekta neovisnosti tijela. Po toj postavci, mjerilo je zaštićenost članova tijela od vanjskih utjecaja na njegovu neovisnost u provođenju postupka, koja se ostvaruje kroz zaštitu osoba koje sačinjavaju to tijelo (primjerice kroz zaštitu od smjenjivanja s položaja).

Iz ove presude kao mjerila za ispitivanje kriterija neovisnosti tijela možemo utvrditi:

- postojanje odredbi o neovisnosti članova tijela,
- postojanje jasnih pretpostavki pod kojima član može biti smijenjen,
- zabranu davanja naputaka članovima tijela i
- dužnost povlačenja člana tijela u slučaju sumnje na sukob interesa.

Zamjerka ovoj presudi je nedovoljno sagledavanje problematike čini li tijelo zaista nepristranu, treću stranku u postupku. Iako je ova presuda donesena šest godina nakon presude u slučaju *Corbiau* u kojoj je to postavljeno kao jedno od mjerila, Sud ga je zanemario. Nužnost procjene udovoljenju tom mjerilu potvrđuje i kasnije u presudi *Schmid* u kojoj potvrđuje da se radi o apsolutnom mjerilu postavljenom u presudi *Corbiau*: "*Treba upamtiti da izraz sud u smislu članka 234. EZ može značiti samo tijelo koje djeluje kao treća strana u odnosu prema tijelu koje je donijelo odluku koja se osporava.*"⁴⁸.

⁴⁸ C-516/99 Schmid (2002) ECR I-4573, paragraf 36; prijevod autorice.

Daljnji razvoj prakse postavlja nova mjerila za procjenu udovoljavanja kriteriju neovisnosti tijela. 2000. godine u predmetu *Gabalfrisa* postavljena su dva mjerila s obzirom na tijelo čija je odluka predmet razmatranja:

- to tijelo ne može davati obvezujuće upute tijelu koje odlučuje i
- ne može smijeniti članove tog tijela.

Vidimo da se radi o konkretizaciji mjerila iz predmeta *Köllensperger and Atzwanger*. Način na koji je utvrđeno zadovoljenje mjerila pokazuje da je Sud u ovom slučaju primjenio blaže kriterije u odnosu na raniju praksu. Tu leži dio razloga za kritike ove presude.⁴⁹ Naime, Sud je utvrdio navedena jamstva neovisnosti, ali unatoč tome postoji činjenica povezanosti *Tribunales Economico-Administrativo* i Ministarstva ekonomskih odnosa i financija, koji su dio institucije o čijim odlukama Tribunal odlučuje. Iako su odjeli nadležni za različite dužnosti odvojeni, među njima postoji organizacijska i funkcionalna veza koju u ovom slučaju Sud nije razmatrao kao relevantnu. Elementi za takvu procjenu postaju jasniji tek nakon presude u slučaju *Schmid* u kojem Sud odbija nadležnost, razgraničavajući pritom sporne elemente u ova dva slučaja. Tu Sud konstatira: *"Tijelo pred koje može biti iznesena žalba na odluku odjela upravnog tijela ne može se smatrati trećom stranom u odnosu na taj odjel i sudom u smislu članka 234, ukoliko postoji organizacijska poveznica s tim upravnim tijelom. Tako će biti osim ako nacionalni zakonodavni okvir osigurava razdiobu funkcija između odjela upravnog tijela čija se odluka osporava s jedne strane i tijela koje presuđuje o pritužbi na odluku tog odjela bez primanja ikakvih uputa od strane upravnog tijela kojem je odjel odgovoran (za to vidi presudu Gabalfrisa i drugi, paragraf 39). Kada postoji organizacijska i funkcionalna poveznica između prizivnog tijela i regionalog financijskog tijela koje usvaja osporavanu odluku, nemoguće je smatrati prizivno tijelo trećom stranom u odnosu na to upravno tijelo."*⁵⁰.

⁴⁹ NO Colomer u Mišljenju u predmetu C-17/00 ECR I-9445.

⁵⁰ C-516/99 Schmid (2002) ECR I-4573, paragrafi 37 i 38; prijevod autorice.

Drugim riječima, u slučaju *Gabalfrisa* Sud utvrđuje da su funkcije jasno razdvojene te da *Tribunales* ne dobivaju napatke za rješavanje slučajeva, čime se tijelo u tom slučaju svrstava pod iznimku općeg pravila da tijelo ne može biti priznato kao sud ukoliko ne postoji organizacijska i funkcionalna razdvojenost njega i tijela o čijim odlukama odlučuje povodom priziva. Za razliku od toga, Sud u slučaju *Schmid* utvrđuje da postoji značajna organizacijska i funkcionalna isprepletenost poreznog tijela i tijela koje odlučuje u prizivu na njegove odluke. Ta se povezanost očituje u sastavu tijela na način da predsjednik poreznog tijela ujedno i predsjednik prizivnog tijela koji određuje njegove ostale članove uz istovremeno postojanje hijerarhijske odgovornosti te u mogućnosti predsjednika da se žali na odluku prizivnog tijela. Iz navedenih razloga Sud zaključuje da se ne radi o tijelu koje djeluje neovisno i stoga ne može biti smatrano sudom u smislu članka 267. Dakle, u slučaju *Schmid* radi se o primjeni pravila, dok se u slučaju *Gabalfrisa* radi o iznimci od toga pravila.

2005. godine u presudi u predmetu *Syfait* Sud se opet susreće s problemom određivanja neovisnost tijela, ovaj put grčkog Epitropi Antagonismou (ekvivalenta hrvatskoj Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja) kojemu ne priznaje status suda zbog nedostatka jamstava neovisnosti i nesmjjenjivosti članova tijela te podložnosti Ministarstvu razvoja na način da ministar uređuje organizaciju i sastav tijela te ima mogućnost utjecaja na sadržaj donošenih odluka. Nastavak je to i potvrda rigidnijeg pristupa izraženog u presudi u slučaju *Schmid*. Ova presuda potvrda je pooštavanja kriterija od strane Europskog suda.

Iz izloženog vidimo evoluciju kriterija neovisnosti. Prvi put spomenut je 1987. godine, utvrđen 1993. godine, a 2002. godine u presudi u slučaju *Schmid* afirmira se kao kriterij koji se primarno razmatra i čije nezadovoljavanje je nužno uzrok odbijanja nadležnosti za upućeno prethodno pitanje: "*Nepotrebno je utvrđivati da li tijelo nadležno za priziv udovoljava uvjete da bi bilo kategorizirano kao sud u smislu članka 234. EZ, kada se čini da kriterij neovisnost nije zadovoljen.*"⁵¹. I u kasnijoj sudskoj praksi, primjerice u slučajevima *Kommunikationsbehörde*

⁵¹C-516/99 Schmid (2002) ECR I-4573, paragraf 35; prijevod autorice.

*Austria*⁵² i *Häupl*⁵³, navedeni se kriterij dosljedno primjenjuje, ali bez odvagivanja organizacijskih i funkcionalnih odnosa s drugim tijelima jer je po pravnim propisima očito da tijela i njihovi članovi imaju neovisan položaj pri donošenju odluka.

Osim organizacijske i funkcionalne ovisnosti, za razmatranje neovisnosti članova tijela od presudne važnosti su jamstva stalnosti njihovog položaja, odnosno zakonsko uređenje njihovoga imenovanja, položaja i smjenjivanja s dužnosti. U presudi *Wilson*, koja se definiranjem pojma sud u smislu članka 267. UFEU bavi tek posredno, Europski sud detaljnije razrađuje kriterij neovisnosti. Sud utvrđuje da kriterij neovisnosti ima dvije komponente - unutarnju i vanjsku. Vanjska komponenta ranije je definirana u presudi u slučaju *Köllensperger and Atzwanger*, dok se unutarnja komponenta odnosi na objektivnost tijela u postupku, nepristranost u odnosu prema nekoj strani u postupku te nepostojanje sukoba interesa kod člana tijela koje donosi odluku. Osim toga, u ovom slučaju Sud šutnjom potvrđuje da nema namjeru zauzeti rigorozniji stav oko jamstava neovisnosti tijela. U svom Mišljenju u ovom slučaju, NO Stix-Hackl inzistira na stavu da se mjerilo ne može smatrati zadovoljenim ukoliko postoji tek deklaracija neovisnosti tijela, bez zakonskih normi koje bi zabranile uplitanje u postupak i davanje naputaka te koje bi zaštitile članove tijela od smjene s položaja člana. Iako se njezini zahtjevi čine legitimnima jer Europski sud ne može uzimati u obzir samo deklarirano stanje neovisnosti nego stvarne mogućnosti provedbe tako postavljenog načela, Sud takvo gledište ne usvaja ni u predmetu *Wilson*, nastavljajući time s pristupom iz slučaja *Köllensperger and Atzwanger* u kojem se zadovoljio načelnim deklaracijama neovisnosti.

Ipak, u slučaju *Pilato*⁵⁴, donoseći presudu 2008. godine, Sud razmatra i činjenicu polaganja zakletve nadređenima, nepostojanje jamstava neovisnosti te nepostojanje propisanih pretpostavki koje moraju biti zadovoljene kako bi član *Industrial Tribunal* mogao biti smijenjen s dužnosti te temeljem toga odlučuje da tijelo ne zadovoljava uvjet neovisnosti.

⁵² C-195/06 Kommunikationsbehörde Austria (2007) ECR I-8817.

⁵³ C-246/05 Häupl (2007) ECR I-4673.

⁵⁴ C-109/07 Pilato (2008) ECR I-3503.

Iz izloženog možemo zaključiti da je kriterij neovisnosti najnoviji kriterij, ali da je istovremeno u pogledu mjerila postavljenih za propitivanje njegovog ispunjavanja najrazrađeniji kriterij. Kronološki analizirajući presude u kojima se ovaj kriterij primjenjuje, vidljivo je da od presude u slučaju *Schmid* Sud ima restriktivniji pogled na zadovoljenje kriterija i da njegovoj analizi posvećuje više pozornosti. Promatrajući način razmišljanja Suda od presude u slučaju *Corbiau* do presude u slučaju *Pilato*, vidljivo je da Sud od prihvaćanja deklaratornih odredbi preko priklanjanja zadovoljenju kriterija kada je u dvojbi dolazi do pronalaženja i formalnih i stvarnih aspekata neovisnosti tijela i njegovih članova.

Postavljena mjerila sumarizirana su u presudi *Wilson* i ona su:

- djelovanje tijela kao treće strane u odnosu na tijelo koje je donijelo osporavani akt,
- zaštita tijela od intervencija i pritisaka izvan njega (npr. stalnošću položaja članova),
- nepristranost i objektivnost prema strankama u postupku i
- neutralnost u donošenju odluke (nepostojanje interesa članova tijela za određeno rješenje spora).

Važnost navedenih mjerila osobito se očituje u slučajevima u kojima predmetna institucija nije dio redovnog sudskog sustava države članice, pri čemu je ona često usko vezano uz upravne funkcije vlasti. U takvim slučajevima Sud se upušta u iscrpno ispitivanje kriterija neovisnosti čije nezadovoljavanje može biti samostalan odnosno jedini razlog za odbijanje nadležnosti u upućenom prethodnom pitanju temeljem stava da tijelo koje ga je uputilo ne može biti smatrano sudom u smislu članka 267. UFEU.

3.2.2 Karakter odluke tijela kao odluke sudske naravi

U načelu, Europski sud vjeruje procjeni nacionalnih sudova o potrebi iniciranja prethodnog postupka u svrhu donošenja odluke sudske naravi.⁵⁵ Ipak, takvo davanje povjerenja nacionalnim tijelima ima svoja ograničenja koja su iskazana u presudama u predmetima *Salzmann*⁵⁶ i *Victoria Film*⁵⁷. U predmetu *Salzmann* Europski sud izražava stav da je postavljanje pitanja dopušteno samo u slučajevima u kojima je pred sudom slučaj u kojemu on treba donijeti odluku sudske naravi. U konkretnom slučaju, provjeravanje da li prijava udovoljava zakonskim postavkama ne predstavlja takvu ulogu i radi toga *Bezirksgericht* nije ovlašten uputiti prethodno pitanje. Ipak, treba imati na umu presudu u predmetu *Pretore de Saló* u kojoj je zauzet stav da činjenica da tijelo nastupa u više uloga ne utječe na njegov sudbeni karakter. Na taj način može se dogoditi da isto tijelo u obnašanju jednih ovlasti nije ovlašteno na podnošenje prethodnog pitanja (primjerice ako to predstavlja izvršavanje administrativnih nadležnosti), a izvršavajući druge ovlasti ima tu mogućnost. Onaj esencijalni element po kojem se razlikuje jedna situacija od druge je rješavanje pravnog spora.

U predmetu *Victoria Film* kao tijelo koje upućuje prethodno pitanje javlja se *Revenue Board* za koji Europski sud utvrđuje da je, unatoč utemeljenju na zakonu i neovisnosti, zapravo administrativno tijelo koje daje mišljenje vezano uz poreznu obvezu subjekta. S obzirom na to da se ne radi o rješavanju spora, nego o davanju procjene, ne radi se o sudbenoj nego o administrativnoj funkciji.

Primjenom kriterija neovisnosti tijela uz neudovoljavanje dodatnim kriterijima, 1996. odbijena je nadležnost za pitanje upućeno od strane talijanskog *Procura della Republica*⁵⁸. Europski sud prihvatio je stajalište NO Colomera izraženo u Mišljenju da to tijelo tek prikuplja dokaze i upućuje slučaj pred sud, pri čemu ono samo nije neovisno nego je stranka u postupku i ne donosi

⁵⁵ C-43/71 Politi (1971) ECR 1039.

⁵⁶ C-178/99 Salzmann (2001) ECR I-4421.

⁵⁷ C-134/97 Victoria Film (1998) ECR I-7023.

⁵⁸ Spojeni slučajevi C-74/95 i C-129/95 Criminal proceedings against X (1996) ECR I-6609.

samo odluku. Prema tome, zaključeno je da *Procura* iz ovoga predmeta koja ima položaj u pravnom sustavu sličan položaju Državnog odvjetništva u Republici Hrvatskoj nije tijelo koje vrši sudbenu funkciju kojoj je rezultat sudska odluka.

Iz izloženih slučajeva vidimo da o karakteru odluke koje tijelo donosi Sud odlučuje temeljem sagledavanja činjenica različitih od primjerice sadržaja ili posljedica donešene odluke. Činjenice koje Sud umjesto toga sagledava su:

- postojanje spora u slučaju povodom kojeg je postavljeno pitanje i
- položaj tijela koje donosi odluku u nacionalnom pravnom sustavu.

Takav pristup jasno je vidljiv već u ranijoj praksi, primjerice u presudi u slučaju *Borker* u kojoj Sud utvrđuje da tijelo koje je uputilo prethodno pitanje ne rješava spor, nego zauzima stav o određenom pitanju te se radi o tijelu čiji je položaj u pravnom sustavu takav da ne zamjenjuje sudski put, nego mu samo prethodi.

Kao što NO Colomer u Mišljenju u predmetu *De Coster*⁵⁹ kaže, do 1995. godine i presude u predmetu *Job Centre*⁶⁰ povodom prethodnog pitanja koje je uputio *Tribunale Civile e Penale di Milano*, činilo se da je prethodno pitanje uvijek prihvaćeno ako ga upućuje tijelo koje je dio redovnog sudskog sustava. Iz ranije sudske prakse zaista proizlazi da tijelo koje u nacionalnom pravnom poretku nedvojbeno čini dio redovnog sudskog sustava može inicirati prethodni postupak bez obzira na funkciju koju u slučaju koji pred sobom ima obavlja. Odras takvog gledišta vidimo u presudi *Pretore di Saló* iz 1987. godine. Tada se čini da Sud u propitivanje kriterija ulazi tek ako se radi o tijelu koje je administrativne ili druge naravi, a ne i ako se radi o tijelu koje je redovni sud. Ipak, nakon presude u slučaju *Job Centre*, situacija ostaje nejasna, s obzirom na to da je Sud odbio nadležnost u tom postupku temeljem stava da u ovom slučaju *Tribunale* ne rješava spor, nego izvršava administrativne ovlasti u nespornom postupku.

⁵⁹ C-17/00 *De Coster* (2001) ECR I-9445, paragraf 45 Mišljena NO Colomera.

⁶⁰ C-111/94 *Job Centre* (1995) ECR I-3361.

Takav pristup Sud potvrđuje u presudi u slučaju *Standesamt Stadt Niebüll*⁶¹ u kojem odbija status suda u smislu članka 267. UFEU jednom njemačkom Obiteljskom sudu temeljem procjene da u slučaju u kojem taj sud odlučuje o promjeni prezimena djeteta on ne donosi sudsku odluku u sporu, nego izvršava svoje upravne ovlasti.

Nakon dotad prihvaćenih situacija da se tijela koja nisu dio redovnog sudskog sustava smatraju sudovima u smislu članka 267. UFEU, ovdje se događa obratno - temeljem kriterija donošenja sudske odluke, Sud zaključuje da sud koji je dio redovnog sudskog sustava nije sud za potrebe upućivanja prethodnog pitanja u ovakvom slučaju. Time se uvodi dodatna nesigurnost i složenost u tumačenju pojma sud u članku 267. jer se otvara mogućnost ne samo priznavanja statusa suda tijelima koja to po uobičajenom shvaćanju nisu, nego i mogućnost uskrate tog statusa tijelima koja to u nacionalnom pravnom sustavu (ali moguće i u drugom postupku pred Europskim sudom) jesu. Osnovna pouka ove presude je da nijedna karakteristika tijela koje upućuje pitanje nije jamstvo da će sud biti smatran sudom u ovom postupku. Bez obzira na *prima facie* jasan položaj tijela koje pitanje upućuje, i dalje je otvorena mogućnost razmatranja postavljenih kriterija, a samim time i mogućnost utvrđivanja da tijelo tim kriterijima ne udovoljava.

⁶¹ C-96/04 *Standesamt Stadt Niebüll* (2006) ECR I-3561.

3.2.3 Sud države članice

Da bi upućivanje prethodnog pitanja bilo dopustivo po članku 267. UFEU, nužno je da zahtjevu upućuje "sud države članice". Iako se više pažnje posvećuje pitanju definicije pojma sud, u praksi su se pojavili i slučajevi u kojima se analizira zahtjev da se radi o sudu države članice. U predmetu *Dior vs Evora*⁶² prethodno pitanje upućuje sud koji je osnovan kako bi imao nadležnost nad sve tri države Beneluksa. Strogo gramatički tumačeći, ne radi se tu o sudu države članice, nego o zajedničkom sudu država članica. Europski sud primijenio je teleološku metodu tumačenja i, s obzirom na to da je cilj osnivanja toga suda osiguravanje ujednačene primjene pravnih pravila koja vrijede na teritoriju svih triju država, priznao tom sudu status suda u smislu članka 267. UFEU.

Otvoreno je pitanje položaja međunarodnih sudova pred Europskim sudom. Dosad se u praksi nije pojavio slučaj u kojem bi međunarodni sud, primjerice Europski sud za ljudska prava, inicirao prethodni postupak. S obzirom na jasan zahtjev teksta Ugovora da se radi o sudu države članice, što implicitno znači da se treba raditi u sudu koji je dio sudskog sustava države članice, u teoriji prevladava mišljenje da međunarodni sudovi nisu sudovi u smislu članka 267. UFEU.⁶³

Osobito je zanimljivo pitanje položaja sudova država koje nisu članice Europske unije, ali temeljem sporazuma s Europskom unijom imaju mogućnost pristupa Europskom sudu u prethodnom postupku. Prvi takav slučaj javlja se 1991. godine povodom sklapanja sporazuma između Europske zajednice i *European Free Trade Association* (EFTA) kojim je stvoren Europski ekonomski prostor. U Mišljenju o nacrtu tog Sporazuma Europski sud izražava stav da davanje ovlasti državama koje nisu članice Europske unije da ovlaste nacionalne sudove na upućivanje prethodnog pitanja Sudu nije u suprotnosti s Ugovorima, pod uvjetom da odluke Suda imaju obvezujući karakter.⁶⁴ Sljedeći put Sud se s istim pitanjem susreće ocjenjujući nacrt Sporazuma o

⁶² C-337/95 *Dior vs Evora* (1997) ECR I-6013.

⁶³ Broberg, M., Fenger, N.: *Preliminary references to the European Court of Justice*, OUP, 2010., str. 72; Tako i Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., Bray, R., *Procedural Law of the European Union*, 2. izdanje, Sweet&Maxwell, London, 2006., str. 44.

⁶⁴ *Opinion of the Court 1/91* (1991) ECR I-6079, paragraf 4 Sažetka.

europskom zajedničkom zračnom prostoru⁶⁵ koji u članku 16. predviđa mogućnost da države stranke Sporazuma koje nisu članice Europske unije pristupe Dodatku IV Sporazuma koji im daje ovlast određivanja opsega i modaliteta korištenja instituta prethodnog postupka pred Europskim sudom. Analizirajući Dodatak IV kojim je ta mogućnost utvrđena, Sud zaključuje da je takva odredba Sporazuma u skladu s Ugovorima jer se radi o interpretaciji normi europskog prava i o obvezatnoj odluci Suda.⁶⁶ Na taj način Europski sud je potvrdio da i države koje nisu članice Europske unije mogu ovlastiti nacionalne sudove na iniciranje prethodnog postupka ukoliko su po sporazumu obvezne primjenjivati norme europskog prava za čiju je interpretaciju nadležan Europski sud. Ipak, ta mogućnost ostvariva je tek ukoliko postoji volja država da prihvate Dodatak IV Sporazuma.⁶⁷ Smatram da je, u cilju pravilne i ujednačene primjene pravnih pravila na čiju je primjenu države sklapanjem sporazuma obvezuju, poželjno omogućiti nacionalnim tijelima koja te propise provode da se obrate Europskom sudu kroz prethodni postupak.

⁶⁵ Multilateral Agreement between the European Community and its Member States, the Republic of Albania, Bosnia and Herzegovina, the Republic of Bulgaria, the Republic of Croatia, the former Yugoslav Republic of Macedonia, the Republic of Iceland, the Republic of Montenegro, the Kingdom of Norway, Romania, the Republic of Serbia and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo on the establishment of a European Common Aviation Area od 9.6.2006., OJ L285 str. 3.

⁶⁶ Opinion of the Court 1/00 (2002) ECR I-3493, paragraf 33.

⁶⁷ Dodatak IV nije prihvatila ni Republika Hrvatska koja je ratificirala Sporazum Zakonom o potvrđivanju Mnogostranog sporazuma između Europske zajednice i njezinih država članica, Republike Albanije, Bosne i Hercegovine, Republike Bugarske, Republike Hrvatske, Bivše Jugoslavenske Republike Makedonije, Republike Island, Republike Crne Gore, Kraljevine Norveške, Rumunjske, Republike Srbije i Misije privremene Uprave Ujedinjenih naroda na Kosovu o uspostavi Europskog zajedničkog zračnog prostora, NN - Međunarodni ugovori br. 4/2008.

Postavljeni kriteriji kao set smjernica u sagledavanju pojma "sud"

Iz prikaza postavljenih kriterija vidimo da kroz sudsku praksu njihova primjena nije ujednačena. Isti kriterij neće se primijeniti u svim slučajevima, a u slučajevima u kojima se primjenjuje ne primjenjuje se uvijek na jednak način i korištenjem istih mjerila. Isto tako, relevantnost svakog od kriterija relativne je naravi i ovisi o svim okolnostima slučaja. O problemima takvog kazuističkog pristupa kritički progovara NO Colomer u Mišljenju u predmetu *Da Costa*: *"Rezultat je sudska praksa koja je previše fleksibilna i nedovoljno dosljedna, s manjkom pravne sigurnosti koju to izaziva. Duboke kontradikcije uočene između predloženih rješenja Nezavisnih odvjetnika u njihovim mišljenjima i rješenjima koja je usvojio Europski sud u svojim presudama ilustrira loše označen put na kojem zbog toga postoji opasnost izgubiti se. Sudska praksa je kazuistička, vrlo elastična i ne osobito znanstvena, sa tako mutnim obrisima da bi pitanje koje kao prethodno upućuje Sancho Panza kao guverner otoka Barataria bilo usvojeno."*⁶⁸. Stalni apeli nezavisnih odvjetnika za uspostavljanjem restriktivnijih kriterija urodili su plodom jedino u području kriterija neovisnosti, i to ne u potpunosti. Kriteriji *inter partes* karakteristika procedure i sudske naravi odluke koja se donosi kroz praksu su doživjeli vrlo neujednačenu primjenu kojoj se ne može odrediti smjer razvoja. S druge strane, kriteriji utemeljenja tijela na zakonu, stalnosti tijela i donošenja odluke primjenjivanjem prava nisu doživjeli značajnije promjene kroz praksu Europskog suda.

Koliko je i samom Europskom sudu složeno pitanje definiranja pojma sud i kriterija koje pri tome koristi možda se najbolje vidi u presudi u slučaju *Cartesio Oktato* u kojem kaže: *"Što se tiče inter partes naravi postupka pred nacionalnim sudom, članak 234. ne čini upućivanje pitanja Sudu ovisnim o tome da li je postupak inter partes. Ipak, iz tog članka slijedi da nacionalni sud može uputiti pitanje ukoliko je pred njim slučaj u kojem treba presuditi u postupku čiji je cilj donošenje odluke sudske naravi."*⁶⁹ Ono što je simptomatično, a proizlazi iz ove presude je da se za svaki od

⁶⁸ Mišljenje NO Colomer u predmetu *Da Costa* ECR 31, paragraf 14; prijevod autorice.

⁶⁹ C-210/06 *CARTESIO Oktató és Szolgálató* bt. (2008) ECR I-9641, paragraf 56; prijevod autorice.

utvrđenih kriterija može tvrditi isto kao i za *inter partes* karakteristiku - da Ugovor uopće ne čini ovlast na iniciranje prethodnog postupka ovisnim o ispunjavanju tog kriterija. Svi prikazani kriteriji utemeljeni su i razrađeni praksom Europskog suda i svaki od njih jednako je utemeljen na tekstu Ugovora. Ovlast Suda da tumači Ugovore povlači za sobom i ovlast na tumačenje koncepata koji se njima definiraju, ali zauzimanjem stava da kriterij koji je postavljen u praksi nije kriterij postavljen Ugovorom Sud se upušta u suvišnu igru lovljena vlastitog repa, osobito stoga što time ne odustaje od postavljenih kriterija nego ih primjenjuje u tom istom slučaju. Ovlast Suda da tumači pojmove od kojih su sačinjeni instituti postavljeni Ugovorima je neupitna; sporno je jedino na koji način postići ravnotežu fleksibilnosti i pravne sigurnosti nacionalnih tijela koja moraju biti ravnopravan partner Europskom sudu u prethodnom postupku. Upravo taj odnos je osnovni instrument prethodnog postupka. To je i osnovna točka razilaženja mišljenja Suda i nezavisnog odvjetnika Colomera. Iako i Sud doživljava prethodno postupak kao postupak suradnje sudova, otvoreniji je pri njihovom definiranju od nezavisnog odvjetnika Colomera koji se zalaže za restriktivno tumačenje pojma sud, pri čemu dopušta samo dvije iznimke (kada nema priziva pred višim sudom i kada se radi o alokaciji sudske funkcije na kvazi-sudbena tijela ustavnom normom)⁷⁰. Za razliku od drugih autoriteta⁷¹ koji naglasak problema razlikovanja stavljaju na stupanj javne kontrole i uključenost državnih tijela, NO Colomer smatra da se problem prvenstveno svodi na razdvajanje administrativnih tijela od sudbenih tijela, odnosno onih koja obavljaju sudsku funkciju (u konkretnom slučaju ili općenito), a koja nisu dio redovnog sudskog sustava. Pitanje utjecaja državnih tijela na postupak pred nacionalnim tijelom zasigurno je važnije od primjerice *inter partes* karakteristike postupka, ali isto tako nije dostatno određena linija razgraničenja između tijela koja jesu i tijela koja nisu ovlaštena inicirati prethodni postupak. Najjednostavniji dokaz toga je primjer presude u slučaju *Victoria Film*. Bilo

⁷⁰ Mišljenje NO Colomer u predmetu *Alpe Adria Energia C-205/08* (2009) ECR 0000.

⁷¹ Primjerice Hanlon, J., *European Community Law*, 3. izdanje, Sweet&Maxwell, London, 2003., str. 162. i Foster, N., *Foster on EU Law*, Oxford, 2006., str. 190.

koje administrativno tijelo ima visok stupanj uključenosti državnog tijela, ali vjerojatno neće zadovoljavati uvjete da bude smatrano sudom. Prema tome, sami ustroj tijela i zadovoljavajući položaj neće biti dovoljan da bi ga se smatralo sudom u smislu članka 267. UFEU jer unatoč tome nužno i da tijelo sadržajno obavlja funkciju koja ga smješta u položaj suda.

Shvaćanje NO Colomera o prethodnom postupku kao postupku suradnje Europskog suda i nacionalnih sudova je općeprihvaćeno u literaturi. Ipak, razlozi iz kojih se želi isključiti administrativna tijela iz tog postupka nisu toliko uvjerljivi. NO Colomer navodi tri osnovna razloga - to što ta tijela naprosto nisu sudovi pa stoga ne mogu ni sudjelovati u institutu kojim se ostvaruje dijalog sudova, činjenica da ta tijela uglavnom čine osobe koje nisu pravnici, iz čega proizlazi mogućnost da upućena pitanja ne budu postavljena na adekvatan način te mogućnost da se poveća preopterećenje Suda ukoliko se krug ovlaštenika preširoko odredi. Svi izloženi razlozi odraz su realnosti, ali podsjećam da je i inače pristup Suda u pravilu teleološki i da je zadaća Suda upravo da prevlada poteškoće koje postoje u provedbi europskog prava na nacionalnoj razini. Isključivanjem određenog kruga institucija iz prethodnog postupka zaista bi se smanjio obim posla kojeg Sud obavlja, ali bilo bi to na štetu obavljanja funkcije i Suda i instituta prethodnog postupka. Sud očito neće prihvatiti restriktivnije poglede nezavisnih odvjetnika i, kako je utvrđeno u praksi počevši od presude u slučaju *Van Gend en Loos*, priznavati će i administrativnim tijelima status suda u smislu članka 267. UFEU. Sa stajališta svrhe postojanja instituta prethodnog postupka i samog Suda, takav je pristup opravdan. Ipak, to ne znači da ne treba uvesti čvršće kriterije u dosad vrlo neujednačenu sudsku praksu.

Unatoč načelnoj isključivosti, i NO Colomer postavlja dvije iznimke od pravila isključenja drugih tijela od iniciranja prethodnog postupka. Istina je da bi te iznimke pokrile jedan dio nacionalnih tijela kojima je položaj bio sporan, a koje je Sud prihvatio kao sudove u smislu članka 267., ali ostaje pitanje tijela koja nisu dio redovnog sudbenog sustava i usto nisu tijela posljednje instance. Ako je logično da je prethodni postupak najefikasniji kad je pokrenut u ranoj fazi provođenja postupka pred nacionalnim tijelom, ostaje pitanje smisla oduzimanja prava tijelu koje nije dio redovnog sudbenog sustava da pokrene prethodni postupak ako već ono mora

primijeniti istu pravnu normu s kojom će se kasnije susresti sud povodom pravnog lijeka. Da li je povjerenje u veću stručnost više instance zaista toliko da opravdava odlaganje iniciranja prethodnog pitanja? Treba priznati činjenicu da o pravima i obvezama građana primjenom pravnih pravila odlučuju i druga tijela koja nisu sudovi, što davanje ekskluziviteta pomoći Europskog suda samo nacionalnim sudovima čini u neku ruku neprikladnim. Ipak, kako i Jan Komarek⁷² zaključuje, odgovornost za uređivanje sudskog sustava tako da efikasno štiti prava građana leži prvenstveno na državama članicama. Slično tvrdi i Sud u slučaju *Broekmeulen*, uvažavajući ipak konkretne okolnosti slučaja.

Zahtjevi NO Colomera za jasnijim definiranjem pojma sud i odmicanjem od kazuističkog pristupa posve su legitimni, i to upravo iz razloga iz kojih ih on postavlja. Razlozi su to pravne sigurnosti i procesne ekonomije. Nacionalna tijela moraju imati visok stupanj uvjerenja u to da će njihovo pitanje biti prihvaćeno od strane Suda. 2009. godine prosječno trajanje prethodnog postupka bilo je 17,1 mjesec⁷³, što pokazuje koliko utjecaj upućivanje pitanja ima na jedno od temeljnih ljudskih prava - pravo na suđenje u razumnom roku. Iz tog razloga, ovaj institut treba koristiti odgovorno i oprezno. Stoga je nužno da Europski sud u presudama pobliže odredi svoj stav o postavljenim kriterijima i odredi jasne smjernice u koje se nacionalna tijela s pravom mogu pouzdati. I samom Sudu i nacionalnim tijelima prijeko je potrebna sumarijacija dosadašnje prakse i postavljanje okvira u kojima će se kretati buduća praksa. Ipak, ti okviri moraju biti takvi da se u njih može uklopiti bilo koja nacionalna institucija koja po duhu članka 267. treba biti u mogućnosti pokrenuti prethodni postupak.

Potrebu za zadržavanjem fleksibilnosti definicije pojma sud u smislu članka 267. UFEU pokazat ću analizom nekih hrvatskih institucija koje su zbog europskih pravnih normi koje primjenjuju potencijalni podnositelji prethodnih pitanja Europskom sudu.

⁷² Komarek, J., *Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order*, *Common Market Law Review* 42, str. 9-34, 2005.

⁷³ Godišnje izvješće Europskog suda za 2009. godinu, preuzeto na http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/ra09_activite_cour_final_en.pdf; stranici pristupljeno 10. rujna 2010.

4. Položaj nekih hrvatskih institucija u prethodnom postupku pred Europskim sudom

4.1 Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (u daljnjem tekstu: Komisija) uređena je Zakonom o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave⁷⁴ i u kontekstu primjene europskog prava osobito je značajna jer je područje javne nabave jedno od bitnih područja u ostvarenju unutarnjeg tržišta Europske unije. Sama Komisija osnovana je kao zasebno tijelo radi usklađivanja hrvatskog prava s europskom pravnom stečevinom u tom pravnom području. Prema tome, moguće je da će u budućnosti doći do potrebe da se Komisija, pri primjeni europskih pravnih normi, obrati Europskom sudu u prethodnom postupku. U tom slučaju, osobito s obzirom na to da Komisija nije dio sudskog sustava RH, Europski sud morat će razmotriti pitanje da li je Komisija sud u smislu članka 267. Iako je Komisija nadležna za kontrolu postupaka javne nabave, dodjele koncesija i javno-privatnog partnerstva, u ovom prikazu, radi pojednostavljenja, usredotočit ću se na djelovanje Komisije u području javne nabave.

Kao što slijedi iz sudske prakse i kako je konstatirano u presudi u slučaju *Schmid*, Sud primarno razmatra kriterij neovisnosti tijela i ukoliko on nije zadovoljen, neće ni ulaziti u razmatranje ostalih kriterija. Iz toga slijedi da polazište razmatranja treba biti udovoljavanje kriteriju neovisnosti. Navedenim Zakonom Komisija je definirana kao samostalno i neovisno državno tijelo koje za rad odgovara Saboru putem podnošenja izvještaja. Sabor također imenuje članove Komisije, i to na prijedlog Vlade. Mogućnost razrješavanja članova dana je također Saboru koji, opet na prijedlog Vlade, može odlučiti o razrješanju do kojega može doći samo ispunjavanjem neke od točno određenih, restriktivnih pretpostavki. Osim toga, kao jamstvo neovisnosti postoji ne samo izričita zabrana pokušaja utjecaja na odlučivanje Komisije nego i zabrana "svake uporabe javnih ovlasti, sredstava javnog priopćavanja kao i javno istupanje radi utjecaja na tijek

⁷⁴ Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, NN 21/2010.

i ishod postupka pred Državnom komisijom."⁷⁵. Prema iznesenim činjenicama, Komisija zadovoljava sva mjerila koja je u pogledu kriterija neovisnosti postavio Europski sud. Uspoređujući pravni položaj Komisije primjerice s položajem *Landesvergabeamt* iz slučaja *Köllensperger and Atzwanger* u kojem je Sud tom tijelu priznao status suda u smislu članka 267., vidimo da Komisija ima jamstva neovisnosti koja ima i *Landesvergabeamt* (odredba o neovisnosti tijela i zabrana davanja naputaka njegovim članovima) uz dodatna jamstva koja to tijelo nema (poseban položaj članova tijela i jasne odredbe o razrješenju s dužnosti). Jedino mjerilo koje po navedenom Zakonu Komisija ne ispunjava, za razliku od *Landesbergabeamt*, je postojanje odredbi o sprečavanju sukoba interesa kojima se članu tijela nalaže napuštanje položaja člana ukoliko je njegova nepristranost dovedena u pitanje. Iako takva odredba ne postoji u Zakonu, ona postoji u Zakonu o općem upravnom postupku⁷⁶ koji se primjenjuje i na ovo tijelo.

Potrebno je još analizirati pitanje da li je Komisija treća strana u odnosu na tijelo čija se odluka pred njom osporava, onako kako je to mjerilo postavljeno presudama u predmetima *Corbiau*, *Gabalfrisa* i *Schmid*. S obzirom na to da je Komisija i organizacijski i funkcionalno zasebno tijelo čije članove imenuje izravno predstavničko tijelo i koje provodi eksterni nadzor nad javnom nabavom, neupitno je da se radi o trećoj strani koja je usto izdvojena iz ostatka sustava. Slijedom iznesenog, ne preostaje drugo nego zaključiti da Komisija udovoljava kriteriju neovisnosti.

Iz iznesenog također možemo zaključiti da je Komisija utemeljena na Zakonu i da je njen karakter stalan. Također, njezina nadležnost povodom žalbe je prisilna za sve slučajeve u kojima postoji njena *rationae materiae* nadležnost.

S obzirom na to da Zakon o javnoj nabavi utvrđuje pravo stranaka da prijave sudjelovanje u postupku čime stječu pravo podnošenja dokaza, davanja izjava i očitovanja o zahtjevima i navodima druge strane, možemo zaključiti da se radi o *inter partes* postupku pred Komisijom.

⁷⁵ Članak 4. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, NN 21/2010.

⁷⁶ Zakon o općem upravnom postupku, NN 47/2009.

Unatoč tome što Komisija odluku donosi na sjednici, bez saslušavanja žalitelja i naručitelja, u praksi Suda takve okolnosti nisu razmatrane kao relevantne za procjenu radi li se o *inter partes* proceduri pa to ne bi ni ovdje trebao biti razlog za donošenje suprotne odluke.

Komisija odluke donosi primjenom proceduralnih pravila sadržanih u Zakonu o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave te supsidijarnom primjenom Zakona o općem upravnom postupku. Izvor materijalnih pravila koja primjenjuje su zakoni kojima se uređuju pravna pitanja u kojima postoji njena nadležnost (Zakon o javnoj nabavi, Zakon o koncesijama, Zakon o javno-privatnom partnerstvu) i drugi materijalnim propisima. Prema tome, Komisija u donošenju odluka primjenjuje pravna pravila.

Kriterij koji posebno treba razmotriti je pitanje da li je odluka Komisije odluka sudske naravi. Mjerila koja treba sagledati da bi se dao odgovor na to pitanje su postojanje spora u predmetu pred Komisijom i položaj Komisije u pravnom sustavu. Neupitno je da u slučajevima pred Komisijom postoji spor; to je spor tijela koje je donijelo osporavanu odluku (u postupku javne nabave to je naručitelj) i žalitelja koji je nezadovoljan ishodom natječaja. Do poteškoća dolazi u sagledavanju položaja Komisije u pravnom sustavu. Ovdje ne možemo reći, kao u predmetu *Victoria Film*, da Komisija tek daje svoje mišljenje o postavljenom pitanju; odluka Komisije, ukoliko nije osporena, ima neposredan utjecaj na prava i obveze žalitelja i naručitelja. Također, nema elemenata ni za zaključak da se radi o izvršavanju upravnih funkcija. Komisija donosi rješenja kojima može žalbu odbaciti, odbiti ili usvojiti i poništiti natječaj čiji se ishod osporava. Ipak, slijedeći logiku iz slučaja *Borker*, Europski sud bi mogao zaključiti da postupak pred Komisijom nije zamjena za sudski put, nego mu samo prethodi. Tako na odluku Komisije postoji mogućnost žalbe Upravnom sudu. Prema tome, vidimo da ishod prethodnog postupka nije izvjestan. S obzirom na relativnost potonjeg kriterija i udovoljavanje svim ostalim kriterijima, unatoč dvojbi oko zadovoljavanja kriterija karaktera odluke kao sudske, smatram da bi Sud trebao prihvatiti Komisiju kao sud u smislu članka 267. UFEU.

4.2 Samostalna služba za drugostupanjski upravni postupak

Samostalna služba za drugostupanjski upravni postupak (u daljnjem tekstu: Služba) utemeljena je Uredbom o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva financija⁷⁷ kao tijelo nadležno za rješavanje o žalbama protiv upravnih akata Porezne uprave, Carinske uprave i Financijske policije iz djelokruga poreznog postupka, carinskog postupka i postupka financijskog nadzora nad zakonitošću obračuna i uplata proračunskih prihoda i naknada propisanih drugim posebnim zakonima. Radi jednostavnosti i preglednosti ovog rada, koncentrirat ću se samo na nadležnost Službe u poreznom postupku.

S obzirom na to da je Služba nadležna za žalbe na akte Porezne uprave, a Porezna uprava provodi propise Europskih zajednica o administrativnoj suradnji na području poreza na temelju Direktiva 77/799 EEZ⁷⁸ i 2008/55 EZ⁷⁹ te izravno primjenjuje odredbe Uredbe Europskih zajednica o administrativnoj suradnji na području poreza na dodanu vrijednost⁸⁰, u budućnosti je moguće da će se pojaviti praktična potreba za prethodnim postupkom pred Europskim sudom. S obzirom na specifično uređenje, njen položaj pred Sudom u eventualnom prethodnom postupku treba biti pažljivo razmotren.

Spomenutom Uredbom Služba je definirana kao zasebna ustrojbeno jedinica Ministarstva financija i određena joj je nadležnost *rationae materiae*. S obzirom na to da je postupak pred Službom definiran kao upravni postupak, primjenjuje se Zakon o općem upravnom postupku.

Razmatrajući kriterij neovisnosti, treba uočiti da Uredba kojom je Služba osnovana ne sadrži nikakve odredbe o neovisnosti Službe niti o neovisnosti njenih članova. Tom Uredbom utvrđena je funkcionalna i personalna razgraničenost odjela unutar Ministarstva, ali i dalje vidimo da je Služba tek dio Ministarstva financija kojem je po tome hijerarhijski podložna. Ipak, s obzirom na

⁷⁷ Uredba o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva financija, NN 43/05, 114/05, 14/06, 138/06, 127/07, 14/08, 27/08 i 29/09.

⁷⁸ Direktiva Vijeća br. 77/799 EEZ od 19.12.1977., OJ L 336 str. 15-20.

⁷⁹ Direktiva Vijeća br. 2008/55 EZ od 26.05.2008., OJ L 150 str. 28-38.

⁸⁰ Uredba Vijeća br. 1798/2003 od 7.10.2003., OJ L 264 str. 1-11.

to da je Služba dio Ministarstva financija kojem je u interesu ostvarivanje poreznih prihoda i čiji su dio i porezna tijela čiji su akti predmet žalbe, može se raspravljati o stvarnom postojanju organizacijske neovisnosti. Ipak, s obzirom na presudu u slučaju *Gabalfrisa* u kojem su također tijelo koje donosi akt i tijelo koje odlučuje o žalbi na njega dio istog ministarstva, tu činjenicu Sud ne bi razmatrao ukoliko kani ostati pri dosadašnjoj praksi. I ovdje, kao u slučaju *Gabalfrisa*, postoji organizacijska razdvojenost tih dvaju tijela, što znači da prethodni postupak ne bi bio odbačen kao u slučaju *Schmid*.

Također, u Uredbi nema odredbi o zabrani davanja nputaka članovima Službe niti drugih odredbi koje bi jamčile stalnost položaja i neovisnost članova. Zakon kojim se zasniva nadležnost Službe za slučajeve vezane uz porezni postupak je Opći porezni zakon⁸¹ koji nema posebne odredbe kojima bi se jamčila neovisnost tijela koje odlučuje (nema, primjerice, zabrane davanja instrukcija tijelu koje donosi odluku i nema jamstava stalnosti položaja njegovih članova). Takvih odredbi nema ni u Zakonu o općem upravnom postupku koji se supsidijarno primjenjuje u upravnim stvarima. Jedina odredba koja govori u prilog ostvarenju neovisnosti Službe je odredba o dužnosti izuzeća člana tijela pod točno određenim uvjetima zbog kojih postoji sumnja u njegovu nepristranost.

Slijedom iznesenog, nije vjerojatno da bi Europski sud utvrdio da je Samostalna služba za drugostupanjski upravni postupak sud u smislu članka 267. UFEU.

S obzirom na stav Suda izražen u presudi u slučaju *Schmid*, iako Služba udovoljava preostalim kriterijima (radi se o stalnom tijelu, utemeljenom na zakonu koje u *inter partes* postupku donosi odluku sudskog karaktera), Sud se ne bi niti upuštao u razmatranje tih kriterija nakon što uoči da Služba ne udovoljava kriteriju neovisnosti.

⁸¹ Opći porezni zakon, NN 147/08.

4.3 Hrvatska odvjetnička komora

Hrvatska odvjetnička komora (u daljnjem tekstu: HOK) je samostalna organizacija sa svojstvom pravne osobe, a obvezno članstvo odvjetnika u njoj propisano je Zakonom o odvjetništvu⁸². Odvjetnička komora, među ostalim, vodi imenike odvjetnika i odvjetničkih vježbenika, upisnike zajedničkih odvjetničkih ureda i odvjetničkih društava te Imenik stranih odvjetnika s matičnim sjedištem iz država članica Europske unije i Imenik odvjetnika koji u Republici Hrvatskoj imaju pravo obavljati odvjetničko zanimanje pod nazivom odvjetnik.

2008. godine uvedene su u Zakon o odvjetništvu izmjene koje reguliraju obavljanje odvjetničke djelatnosti odvjetnika iz država članica Europske unije. Te odredbe stupaju na snagu danom ulaska RH u Europsku uniju, a za obavljanje djelatnosti tih odvjetnika (kojim se ostvaruje sloboda kretanja radnika i sloboda pružanja usluga na unutarnjem tržištu EU) potreban je upis u imenik ili izdavanje potvrde koje provodi HOK. Dok HOK proceduru provodi po pravilima određenim Statutom, pretpostavke za upis u imenike i izdavanje potvrde utvrđeni su Zakonom o odvjetništvu.

Iako u praksi Europskog suda postoje dva značajna slučaja srodna ovome s obzirom na to da se radi o tijelu pred koje je stavljen zahtjev za deklaracijom ispunjavanja uvjeta postavljenih zakonom, radi se ovdje o specifičnoj situaciji. Za razliku od presude *Broekmeulen*, ovdje su samo pretpostavke za priznavanje statusa (odnosno upis u imenik) određene zakonom, dok su pravila procedure određena Statutom HOK-a. Iz toga zaključujem da se procedura ne odvija u potpunosti pod nadzorom središnje države kao u slučaju *Broekmeulen*. S druge strane, u slučaju *Borker* Sud stavlja naglasak na mogućnost redovnog pravnog puta pred sudovima. Diskutabilno je postoji li u ovom slučaju redovni pravni put. Zakonom o odvjetništvu utvrđena je mogućnost žalbe na odluku HOK-a koja se podnosi Upravnom odboru HOK-a. Odluka Upravnog odbora može se pobijati pred Vrhovnim sudom, pri čemu se priziv inicira posredstvom HOK. U prizivnom postupku Vrhovni sud Republike Hrvatske odlučuje u vijeću sastavljenom od pet članova, od

⁸² Zakon o odvjetništvu, NN 9/94, 117/08, 50/09 i 75/09.

kojih su predsjednik i dva člana suci toga suda, a dva člana odvjetnici s liste koju je utvrdila Hrvatska odvjetnička komora⁸³. Na taj način upitan je položaj Vrhovnog suda u tom postupku kao treće strane kada postoji preklapanje između članova vijeća koje donosi odluku i članova tijela koje je osporavanu odluku donijelo. Važno je uočiti da je to odskakanje od uobičajenog sastava vijeća Vrhovnog suda koje se redovno sastoji od pet sudaca tog suda. Također, u žalbenom i prizivnom postupku primjenjuju se odredbe o upravnom sporu. Iz iznesenog vidimo da je teško zastupati stav da se radi o redovnom pravnom putu, što znači da je malo vjerojatno da bi se Sud poveo argumentacijom iz slučaja *Borker*. Čak i u fazi u kojoj slučaj dopijeva do suda, ne radi se o sastavu suda niti o pravilima postupka koja on inače primjenjuje. Isto tako, prije tog dolaska slučaja pred sud, mogućnost upravnog spora zamijenjena je žalbenim postupkom koji se odvija pred HOK-om. S obzirom na to da članovi koje imenuje HOK uvijek sudjeluju u prizivnom postupku, vidimo da unatoč mogućnosti priziva ne postoji mogućnost priziva tijelu koje bi bilo treće tijelo u odnosu na ono koje je donijelo pobijanu odluku. Time ni u žalbenom postupku pred HOK ni u prizivu pred Vrhovnim sudom nije ispunjen kriterij nezavisnosti koji Europski sud zahtijeva kako bi se tijelo smatralo sudom. Ipak, s obzirom na to da je time iscrpljen pravni put, Europski sud bio bi stavljen u položaj da odbije nadležnost u takvim prethodnim postupcima, čime bi ugrozio temeljna načela slobode kretanja radnika i usluga te poslovnog nastana u Europskoj uniji. Iz tog razloga smatram da bi Europski sud postupio oportuno i prihvatio nadležnost kao u slučaju *Broekmeulen*.

⁸³ Čl. 60. Zakona o odvjetništvu, NN 9/94, 117/08, 50/09 i 75/09.

5. Zaključak

Određivanje pojma sud u smislu članka 267. UFEU spada u isključivu nadležnost Europskog suda. Sud u praksi određuje listu kriterija koju kasnije nadopunjava i donekle relativizira nedosljednom primjenom. Uz jasno isticanje relativnosti svih ostalih i apsolutnosti kriterija neovisnosti, Sud slijedi kazuistički pristup i od slučaja do slučaja odlučuje o tome koje će kriterije, i koliko pomno, razmotriti. Iako je takva praksa kritizirana u doktrini i od strane nezavisnih odvjetnika, analizom samo nekih hrvatskih institucija vidimo da, unatoč bogatoj praksi, i dalje Sud nije bio suočen sa svim dilemama. Zaista, u zasad 27 država članica od kojih svaka ima stotine različitih tijela koja donose odluke o pravima i obvezama građana, broj različitih situacija je vrlo velik. Upravo kako bi se pomirile sve različitosti tih tijela pred Europskim sudom u prethodnom postupku, nužan je fleksibilan pristup u određivanju pojma sud. Stoga Europski sud nikada nije i ne bi ni trebao dati definiciju suda u smislu tog članka. Čak i kada bi ju dao, ona bi morala biti toliko široka i općenita da ne bi imala praktičnu važnost. Ipak, granice fleksibilnosti u tumačenju moraju postojati iz dva razloga čija je osnova pravna sigurnosti. Ukoliko tijelo ne zna ima li mogućnost prethodnog postupka pred Sudom, vjerojatno neće taj postupak niti inicirati. Također, prethodni postupak traje određeno vrijeme, što ima izravan učinak na jedno od ljudskih prava - pravo na suđenje u razumnom roku. Prema tome, nejasnim metodama definiranja pojma sud ugrožena su nacionalna tijela na koja se taj pojam odnosi i građani čiji slučajevi trebaju biti riješeni od strane tog tijela.

Pred Europskim sudom zaista je težak zadatak, a to je ostvarenje savršene ravnoteže između sigurnosti i fleksibilnosti. Optimalan način za to ostvarenje je jasno definiranje kriterija te mjerila kojima se utvrđuje ispunjavanje tih kriterija uz određivanje elemenata kojima se ta mjerila procjenjuju. Kao što je prikazano, u nekim kriterijima takav pristup je razvijen (osobito kod kriterija neovisnosti), dok su neki kriteriji i nakon pola stoljeća sudske prakse nejasni. To su svakako pitanja kojima će se Sud kroz praksu morati pozabaviti kako bi se u punini mogli ostvariti ciljevi prethodnog postupka.

Citirana literatura

Bibliografija

Arnull, A. M., Dashwood, A. A., Ross, M. G., Wyatt, D. A., European Union Law, 4. izdanje, Sweet&Maxwell, London, 2002.

Borković, I., Upravno pravo, 7. izdanje, NN, 2002.

Broberg, M., Fenger, N., Preliminary References to the European Court of Justice, Oxford, 2010.

Ćapeta, T., Sudovi Europske unije: nacionalni sudovi kao europski sudovi, Institut za međunarodne odnose, 2002.

Foster, N., Foster on EU Law, Oxford, 2006.

Hanlon, J., European Community Law, 3. izdanje, Sweet&Maxwell, London, 2003.

Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., Bray, R., Procedural Law of the European Union, 2. izdanje, Sweet&Maxwell, London, 2006.

Rodin, S., Ćapeta, T., Goldner Lang, I. (ur.), Reforma Europske unije - Lisabonski ugovor, NN, Zagreb, 2009.

Steiner, J., Woods, L., TwiggFlesner, EU Law, 9. izdanje, Oxford, 2006.

Članci

Anagnostaras, G., Preliminary problems and jurisdiction uncertainties: the admissibility of questions referred by bodies performing quasi-judicial functions, European Law Review 30 (6), str. 878-890, 2005.

Arnull, A., The Scope of Article 177, European Law Review 13 (1), str. 40-42, 1988.

Bobek, M., Learning to talk: Preliminary Rulings, the Courts of the New Member States and the Court of Justice, Common Market Law Review 45, str. 1611-1643, 2008.

Komarek, J., Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order, Common Market Law Review 42, str. 9-34, 2005.

Waldhoff, C., Recent Developments Relating to the Retrospective Effect of Decisions of the ECJ, Common Market Law Review 46, str. 173-190, 2009.

Propisi i drugi dokumenti

Direktiva Vijeća br. 77/799 EEZ od 19.12.1977., OJ L 336 str. 15-20.

Direktiva Vijeća br. 2008/55 EZ od 26.05.2008., OJ L 150 str. 28-38.

Godišnje izvješće Europskog suda za 2009. godinu, preuzeto na http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/ra09_activite_cour_final_en.pdf; stranici pristupljeno 10. rujna 2010.

Multilateral Agreement between the European Community and its Member States, the Republic of Albania, Bosnia and Herzegovina, the Republic of Bulgaria, the Republic of Croatia, the former Yugoslav Republic of Macedonia, the Republic of Iceland, the Republic of Montenegro, the Kingdom of Norway, Romania, the Republic of Serbia and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo on the establishment of a European Common Aviation Area od 9.6.2006., OJ L285 str. 3.

Opći porezni zakon, NN 147/08

Uredba o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva financija, NN 43/05, 114/05, 14/06, 138/06, 127/07, 14/08, 27/08 i 29/09.

Uredba Vijeća br. 1798/2003 od 7.10.2003., OJ L 264 str. 1-11.

Zakon o arbitraži, NN 88/01

Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, NN 21/2010

Zakon o odvjetništvu, NN 9/94, 117/08, 50/09 i 75/09

Zakon o općem upravnom postupku, NN 47/2009

Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 79/2009)

Mišljenja suda

Opinion of the Court 1/91 (1991) ECR I-6079

Opinion of the Court 1/00 (2002) ECR I-3493

Popis presuda

C-26/62 Van Gend en Loos (1963) ECR 1
C- 6/64 Costa v ENEL (1964) ECR 585
C-61/65 Vaassen-Göbbels (1966) ECR 377
C-43/71 Politi (1971) ECR 1039
C-8/77 Sagulo and Others (1977) ECR 1495
C-110/76 Pretore di Cento (1977) ECR 851
C-70/77 Simmenthal (1978) ECR 1453
C-106/77 Simmenthal II (1978) ECR 629
C-138/80 Borker (1980) ECR 1975
C-246/80 Broekmeulen (1981) ECR 2311
C-102/81 Nordsee (1982) ECR 1095
C-14/86 Pretore di Saló (1987) ECR 2545
C-109/88 Danfoss (1989) ECR 3199
C-6/90 i C-9/90 Francovich and Others (1991) ECR I-5357
C-119/91 Ligur Carni (1993) ECR I-6621
C-24/92 Corbiau (1993) ECR I-1277
C-393/92 Almelo (1994) ECR I-1477
C-111/94 Job Centre (1995) ECR I-3361
Spojeni slučajevi C-74/95 i C-129/95 Criminal proceedings against X (1996) ECR I-6609
C-54/96 Dorsch Consult (1997) ECR I-4961
C-69/96 - 79/96 Garofalo and Others (1997) ECR I-5603
C-337/95 Dior vs Evora (1997) ECR I-6013
C-134/97 Victoria Film (1998) ECR I-7023
C-103/97 Köllensperger and Atzwanger (1999) ECR I-551
C-110/98 - 147/98 Gabalfrisa and Others (2000) ECR I-1577
C-17/00 De Coster (2001) ECR I-9445
C-178/99 Salzmann (2001) ECR I-4421
C-516/99 Schmid (2002) ECR I-4573
C-53/03 Syfait (2004) ECR I-4609
C-506/04 Wilson (2006) ECR I-8613
C-96/05 Standesamt Stadt Niebüll (2006) ECR I-3561
C-195/06 Kommunikationsbehörde Austria (2007) ECR I-8817
C-246/05 Häupl (2007) ECR I-4673
C-109/07 Pilato (2008) ECR I-3503
C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. (2008) ECR I-9641
C-205/08 Alpe Adria Energia (2009) ECR 0000